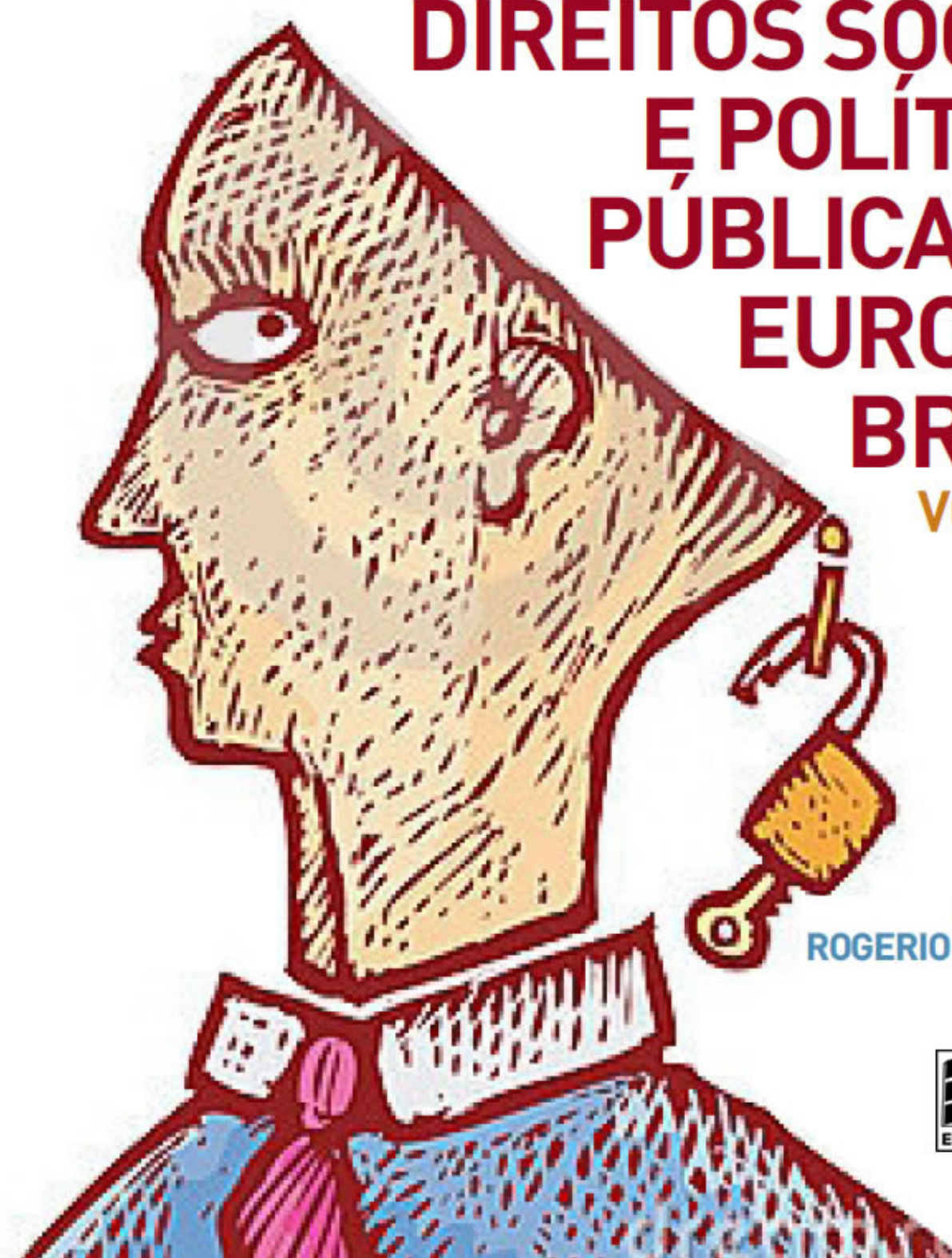




**O DIÁLOGO
DAS FONTES:
DIREITOS SOCIAIS
E POLÍTICAS
PÚBLICAS NA
EUROPA E
BRASIL**
VOLUME 1



ORGANIZADOR
ROGERIO GESTA LEAL



**O DIÁLOGO DAS FONTES:
DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA EUROPA E NO BRASIL
VOLUME 1**



Reitor

Vilmar Thomé

Vice-Reitor

Eltor Breunig

Pró-Reitora de Graduação

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Pró-Reitor de Pesquisa

e Pós-Graduação

Rogério Leandro Lima da Silveira

Pró-Reitor de Administração

Jaime Laufer

Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional

João Pedro Schmidt

Pró-Reitora de Extensão

e Relações Comunitárias

Ana Luisa Teixeira de Menezes

EDITORA DA UNISC

Editora

Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente

Rogério Leandro Lima da Silveira

Ademir Muller

Cristina Luisa Eick

Eunice Terezinha Piazza Gai

Mônica Elisa Dias Pons

Sérgio Schaefer

Valter de Almeida Freitas



Avenida Independência, 2293

Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402

96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS

E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

**ORGANIZADOR:
ROGÉRIO GESTA LEAL**

**O DIÁLOGO DAS FONTES:
DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA EUROPA E NO BRASIL
VOLUME 1**

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2011

© Copyright: *Dos autores*
1ª edição 2011

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello
capa: Denis Ricardo Puhl Assessoria de Comunicação

D536 O diálogo das fontes [recurso eletrônico] : direitos sociais e políticas públicas na Europa e no Brasil / organizador: Rogério Gesta Leal. - vol. 1 - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2011.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <www.unisc.br/edunisc>

1. Sociologia jurídica - Europa. 2. Sociologia jurídica – Brasil. 3. Política urbana - Europa. 4. Política urbana - Brasil. I. Leal, Rogério Gesta.

CDDir: 340.2

Bibliotecária responsável : Luciana Mota Abrão - CRB 10/2053

ISBN 978-85-7578-313-9

SUMÁRIO

REDES COMUNITÁRIAS DE FORMAÇÃO ESTRITO SENSO: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO MODELO LIBERAL DE ORGANIZAÇÃO E CONVIVÊNCIA ACADÊMICA <i>Rogério Gesta Leal</i>	7
A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: APRECIÇÕES PRELIMINARES <i>Rogério Gesta Leal</i>	11
LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA ESCASEZ DE AGUA, SEQUIAS E INUNDACIONES <i>Alvaro A. Sánchez Bravo</i>	30
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL <i>André Viana Custódio</i>	36
LOS MIMBRES DEL CANASTO. NOTAS PARA UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO <i>Alfonso de Julios-Campuzano</i>	43
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO CONCEITO DISCURSIVO DE GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA <i>Janriê Rodrigues Reck</i>	53
DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS PROCESALES <i>Ana María Chocrón Giráldez</i>	60
OS DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA REGULADOR DAS BIOTECNOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS <i>Salete Oro Boff</i>	67

LIDERAZGO Y MOTIVACIÓN <i>Ignacio Danvila Del Valle</i>	75
DESAFIOS TEÓRICOS E PRÁTICOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS <i>José Alcebiádes de Oliveira Jr.</i>	82
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL <i>Cinta Castillo Jiménez</i>	93
NUEVOS RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA: LA DENOMINADA “LEY SINDE” <i>Rafael Báez Serrano</i>	103
PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL DO SÉCULO XXI <i>José Melo Alexandrino</i>	108
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA UNIÓN EUROPEA <i>Jaime Rodríguez Araña-Muñoz</i>	116

REDES COMUNITÁRIAS DE FORMAÇÃO ESTRITO SENSO: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO MODELO LIBERAL DE ORGANIZAÇÃO E CONVIVÊNCIA ACADÊMICA

Rogério Gesta Leal¹

A tradição liberal, ao tentar impor, pela via do mercado, um espectro de necessidades artificiais e pautadas por demandas de consumo de produtos, operou o que se pode nominar de transmutação político-morfológica do sujeito social, eis que transferiu sua condição de ser no mundo do espaço da cidadania aristotélica (mesmo que formal), para outro que é o espaço sem identidade, coletiva e comunitária, do ser abstrato e universal, definido por juízos e pautas de ação pré-ordenadas por algo que lhe esvazia a condição de *homus politicus* localizado no tempo e no espaço, e lhe joga para o limbo do pensamento único e da estereotipação alienante de consumidor global – excluindo, por essa lógica, todos aqueles que não têm condições de consumir. Surge aqui a figura do indivíduo como indivíduo, sem inserção contingencial, autossuficientemente capaz de ser livre e feliz.

Assim é que essa racionalidade liberal faz uma verdadeira abstração das particularidades históricas da tradição de cada qual, ocultando tais diferenças no fórum do debate público, ignorando e mesmo negando tudo o que não seja expressão daquela universalidade que ostenta em sua percepção reducionista do mundo.²

Como lembra MacIntyre, revela-se absurda mas ao mesmo tempo eficaz esta pretensão da cultura liberal de impor uma perspectiva (de matriz nietzscheana) sobre todas as demais outras visões de mundo existentes, através de argumentos e justificativas de caráter universal, apresentadas como melhores em face de suas fundamentações racionais e neutras, mas que, todavia, jamais conseguiram superar ou mesmo anular as incongruências do discurso e da ação moral do homem moderno.³

Na via da institucionalidade desse modelo liberal de ordenação social, tem-se mecanismos formais de veiculação dos desejos e projetos de vidas singulares de indivíduos atomizados em

¹ Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

² *La universidad liberal há propiciado un enorme grado de uniformidad del pensamiento en la medida en que la presentación de sus hipótesis por los profesores en el salón de clases requiere un proceso previo de homogenización de los estándares de racionalidad y la reducción de las diversas tradiciones a un solo discurso argumentativo, el de la cultura liberal.* QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual*. México: Porrúa, 2009, p.149.

³ MACINTYRE, Alisdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1988, p.61. Na mesma direção ver os textos de (a) FITZPATRICK, Paul. *Constellations of the Law: Jurisprudence and the Constitution of Deliberative Politics*. In *Ratio Juris*, vol. 1, n. 3. New York: Pertness. 2001, p. 286; (b) BENHABIB, Seyla (ed.). *Democratic Moment and the Problem of Difference*. In *Democracy and Difference – Contesting the Boundaries of the Political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

suas perspectivas de mundo autoritárias e imunes a qualquer problematização coletiva, tais como a representação política e o sufrágio, que podem perfeitamente existir sem qualquer refração comunitária, tais como os Poderes de Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), que, insulados em instâncias burocráticas de gestão, ou tomados por camarilhas ideológicas e criminosas, ocupam-se de metas e políticas desenraizadas da matriz societária que deveriam representar, negando e violando de forma explícita, pela via do assalto ideológico, ilícito e utilitário da máquina pública (privatização possessiva do espaço público), as demandas majoritárias da cidadania.

Essa matriz liberal vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração e competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político dessas questões, atribuindo-lhes tão somente feições tecnoburocráticas.

Decorrência lógica desse cenário é o isolamento, em face da Sociedade Civil, dos poderes instituídos do Estado, enquanto instâncias meramente executoras de atribuições predeterminadas pelo sistema jurídico, sem qualquer conexão/interlocução cotidiana com os cidadãos, a não ser pelas fórmulas administrativas instituídas (petições, reivindicações, reclamações, etc), todas focadas em aspectos curativos e não preventivos/participativos da gestão dos interesses comunitários.⁴

Tais fatos, ao fim e ao cabo, revelam inexoráveis, ao longo da história da civilização ocidental, a existência de conflitos de caráter axiológico e deontológico no tecido social, haja vista a pluralidade de manifestações e perspectivas diferidas sobre questões centrais à vida humana, como o conceito de justo, bem, felicidade, etc..⁵ Essas tensões não residem, pois, tão somente no âmbito da especulação filosófico-metafísica, mas alcançam dimensões políticas demasiadamente amplas, haja vista que implicam ânimos beligerantes e litigiosos entre os sujeitos sociais⁶.

Nesse sentido, há certa síntese histórica do pensamento político ocidental contemporâneo na direção de reconhecer que, se o liberalismo político e filosófico dos séculos XVII e XVIII contribuiu definitivamente à consolidação do capitalismo e da lógica de mercado como hegemônica no âmbito da organização das relações sociais, afigurando-se decisivo para o processo de exclusão e marginalização social de milhões de indivíduos, isso se mostrou deveras

⁴ Abordo de forma mais exaustiva esta questão no livro LEAL, Rogério Gesta. *Sociedade, Estado e Administração Pública no Brasil: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Vai nesta direção a crítica de WEBER, Max. *Estado y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p.239, quando adverte que o pessoal especializado encarregado da aplicação das normas jurídicas, da burocracia estatal, é o que melhor caracteriza o direito das sociedades capitalistas e o distingue do direito das sociedades anteriores, eis que seu objeto central era o de construir um monopólio estatal administrado por funcionários segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis.

⁵ É de se lembrar que a teoria de bem e de felicidade, da virtude, da justiça e do direito, já estavam presentes, de forma concatenada, desde Aristóteles, em especial no texto *De la moral a Nicómaco* (op.cit., p.64 e ss.).

⁶ Refletindo-se em termos institucionais (como os conflitos partidários, entre os poderes do Estado, no próprio mercado), e intersubjetivos (coletivos e individuais, formais e informais, lícitos e ilícitos, como os de categorias sociais organizadas, movimentos sociais, organizações não governamentais, organizações criminosas – nacionais e internacionais -, associações civis, e mesmo os conflitos atomizados entre sujeitos de direito que litigam à proteção de interesses legítimos envolvendo crença religiosa, opção sexual, etc.). Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

paradoxal, eis que tais movimentos fundavam-se sobre uma filosofia de emancipação do indivíduo – como mônada –, pela via de sua capacidade racional de ser livre e promover, com seu trabalho, o desenvolvimento de todos.⁷

Tal paradoxalidade somente viu-se aguçada no evoluir dos tempos, eis que não conseguiram os liberais equalizar o problema da liberdade com o da igualdade, dando preferência sempre ao primeiro valor constitutivo da natureza humana na perspectiva da modernidade, e deixando a descoberto a necessária igualdade substancial e procedimental dos atores sociais.⁸

As críticas que decorrem dos erros e falácias dos diversos liberalismos que foram se constituindo no tempo, vão desde o marxismo mais ortodoxo da experiência soviética – com Lênin, Trotski, Rosa Luxemburg, o próprio Stálin e Kerensky –, até a social democracia oriunda do pós-guerra da metade do século XX, com Cornelius Castoriadis, Claude Lefort, Perez Luño, Peces Barba, Norberto Bobbio, Michelangelo Bovero, Gustav Bünz, Theodor Wass, por exemplo. Tais críticas são unânimes em tensionar, dentre outras coisas, a base fundacional da perspectiva liberal que é o indivíduo e o individualismo – mais ou menos sempre presente em suas considerações e teses sociais, políticas, econômicas e jurídicas.⁹

Como contrapartida daquela matriz individualista, os críticos do liberalismo (respeitadas as variações e ideologias que defendem, como visto acima) foram apresentando proposições que elegeram como centro neural da constituição do social não o indivíduo em si, mas as relações entre indivíduos num determinado contexto espacial e temporal delimitado, marcado por variáveis culturais, econômicas e políticas bem específicas. O que é valorado aqui é a natureza social do ser humano, em suas interações coletivas com a comunidade a que pertence, respeitadas suas diferenças étnicas, religiosas, de preferências sexuais e culturais, etc.. Em outras palavras, o que importa no processo de delimitação das possibilidades de desenvolvimento do homem como ser social é a sua inserção comunitária em termos de participação política efetiva à construção de identidades e valores compartilhados que, por sua vez, possibilitem um entendimento sobre o que seja o bem comum deste ser coletivo.

É fundado nessa última premissa que o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC – Mestrado e Doutorado, na sua quarta edição e sob minha coordenação, desenvolve os Seminários Internacionais Euro-Brasileiros Direitos Sociais e Políticas Públicas com seus parceiros acadêmicos do Velho Continente, em especial as Universidades de Sevilla, Lisboa, Coruña e Villanueva, mais a Escola Galega de Administração Pública, focados em temas que são

⁷ Neste sentido, ver o texto de HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 2000. Talvez em face deste paradoxo é que pensadores como John Stuart Mill vão preconizar a tolerância da intervenção do Estado para corrigir determinados rumos do mercado e das relações de poder, sob pena de se inviabilizar o próprio sistema capitalista e de mercado. Nesse sentido, a reflexão igualmente importante de OFFE, Claus. *Estado e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

⁸ No campo jurídico, as abordagens de RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1994, são um exemplo disto, eis que o autor trabalha com a lógica de que, por serem os indivíduos racionais, eles podem estabelecer padrões de condutas e comportamentos que visem ao desenvolvimento justo e equilibrado de seus interesses, isto independente de quaisquer variáveis contingenciais atinentes às particularidades espaciais e temporais do espaço que ocupam, como as políticas, econômicas e culturais. Tais padrões figuram como verdadeiros princípios universais a serem observados incondicionadamente, o que se demonstrou absolutamente inverossímil em termos de contemporaneidade, haja vista os níveis de desentendimento em termos do conceito de bem e em face dos radicalmente distintos e inconciliáveis interesses individuais em jogo.

⁹ Há uma excelente crítica destes movimentos em direção a novas alternativas no texto de ELSTER, John; HYLLAND, Anaund. *The market and the forum: three varieties of political theory*. New York: Cambridge University Press, 1990. De igual sorte, ver o texto de BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

comuns aos seus pesquisadores e alunos, evidenciando o acerto da ideia de formatação de redes de investigação e troca de experiências.

Uma boa leitura a todos.

*Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal,
Coordenador Adjunto do PPGD da UNISC,
Coordenador Acadêmico do IV Seminário Euro-Brasileiro Direitos Sociais e Políticas Públicas.*

A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: APRECIÇÕES PRELIMINARES

Rogério Gesta Leal¹

1 Notas Introdutórias

Pretendo neste ensaio abordar genericamente o tema da proteção dos bens comuns pela Administração Pública enquanto função institucional própria, verificando qual o estado da arte desta questão no debate doutrinário especializado, para então demarcar também em caráter geral a situação brasileira no ponto. Para tanto, vou me valer notadamente das contribuições teóricas que a doutrina italiana vem desenvolvendo no particular, especialmente a produção decorrente de projetos de pesquisa coordenados pelo Prof. Dr. Alberto Lucarelli, Ordinário de Direito Público da Università di Napoli - Federico II, Itália.

Em termos de evoluir deste ensaio, optarei, por primeiro, em verificar como se encontra hoje o debate sobre os desafios do Estado Administrador em sociedades altamente complexas, para em seguida identificar algumas matrizes teóricas e normativas sobre o tratamento da propriedade enquanto instituto jurídico e político, passando então ao estudo das reflexões do Prof. Lucarelli enquanto modelo sistematizador do conceito de bem comum que revisa fundamentalmente aquele conceito tradicional de propriedade e mesmo de Administração Pública.

2 A reformatação do Estado Administrador como Estado Social

As últimas reformas da Administração Pública no Brasil têm mostrado de forma muito clara a orientação privatizante do processo de gestão da coisa pública, o que vem a ser uma tendência internacional notadamente a partir da segunda metade do século XX.

Já tive a oportunidade de referir² que a economia dos mercados em expansão que pauta a forma e o conteúdo das relações sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as

¹ Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Permanente da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

² LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

possibilidades de desenvolvimento nacional e internacional, por certo é o Estado Nacional³ que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema econômico, sistema político e social, contando, para tanto, com alguns clássicos atores institucionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizações de classe nacionais, etc. Suas funções tradicionais e exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios, etc) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígena, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder pelas demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social* (segurança, saúde, educação)⁴; (3) responder pela estrutura normativa/legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provêm desses cenários.

Ocorre que, como diz Lucarelli:

Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.⁵

Esse cenário de coisas inevitavelmente implica mutações comportamentais e funcionais da própria Administração Pública, que passa, de um lado, a ser mais demandada em termos de apresentar soluções – através de políticas públicas preventivas e curativas - às consequências destes modelos de mercados e relações sociais marginalizantes; por outro lado, tem de continuar desempenhando aquelas funções estabilizadoras da ordem e ensejadoras das chamadas condições infraestruturais das relações de poder.

³ Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter ainda a soberania jurídica e política em face de seu território e povo, reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1996, p.136. Ao afirmarmos isto não desconhecemos, com GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999, que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, *o dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem*. p.25.

⁴ O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as consequências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvidas pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência, etc.

⁵ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico*: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale. Artigo inédito entregue pessoalmente ao autor deste texto, p.01. E, neste ponto, coloca Lucarelli: *La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, lobbistici e neo-feudali, mi ha spinto (me levou) ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi*.

Jürgen Habermas tem defendido⁶ a tese de que ao longo do terceiro quartel de nosso século, o Estado Social na Europa e em outros países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) compensou, em grande parte, as consequências indesejadas de um sistema econômico altamente produtivo, porém, desequilibrador das relações sociais. Nesse cenário, entende o autor que o capitalismo não impediu, antes possibilitou, que se cumprisse a promessa republicana da inclusão igualitária de todos os cidadãos, contando, dentre outras coisas, com uma nova dicção normativa institucional-constitucional.

De fato, o Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos. John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala nesse sentido do "fair value" de direitos repartidos com paridade. Em vista dos desabrigados, que se multiplicam em silêncio sob nossos olhos, vem à memória a frase de Anatole France: não é suficiente que todos tenham o mesmo direito de "dormir sob as pontes". Quando compreendemos o texto de nossas Constituições nesse sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a ideia da autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma.⁷

Tais mutações sociais e políticas no cenário internacional também atingiram de cheio a formatação do novo Estado Democrático de Direito e a Administração Pública que lhe é conseqüência, na expressão de Lucarelli:

Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progressivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche.⁸

De qualquer sorte, o marco normativo-constitucional que inaugura os tempos hodiernos, evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função reguladora meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída, essencialmente, sobre o conceito de direitos subjetivos individuais e mesmo com a matriz francesa de gestão pública como sinônima de legalidade estrita e gramatical, retirando dos administradores possibilidades de exercício subjetivo público envolvendo direitos e garantias muitas vezes estabelecidos pela via muito mais dos princípios do que das regras jurídicas.

Ao mesmo tempo, esta Administração Pública Democrática tem seu acento identitário e diferenciador posto no que se pode chamar de matriz publicístico-democrática, focada na gestão de demandas e conflitos de prestações sociais. Nesse modelo, a complexidade das relações

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

⁷ Op.cit., p.04.

⁸ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico*: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale. Op.cit., p.03.

sociais não permitem que o direito público (administrativo) cinda a dimensão política da administrativa propriamente dita, mas as tenham como permanentemente presentes na formatação, discussão, deliberação, execução e avaliação das políticas públicas gestacionais de toda a comunidade, com ampla participação da cidadania em todas essas fases.⁹ Por conseguinte, *“Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello Staatswissenschaftliche di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali”*.¹⁰

Qual a principal consequência à Administração Pública em face desses desafios que lhe ocorrem? Por certo a progressiva especialização e profissionalização estrutural e operacional de quadros e serviços, para dar conta suficientemente de todas as demandas, o que não deve representar, ao mesmo tempo, insulamento dos demais interlocutores – em especial os soberanos cidadãos -, sob pena de gerar, pela via da tecnoburocracia, outros nichos autoritários de concentração e manipulação de poder. Vale a advertência de Lucarelli no ponto, ao sustentar que:

Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all’effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico “militante”, in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l’azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della res publica, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la res publica, in funzione del perseguimento di interessi generali.¹¹

O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social provocada pelo modelo de organização produtiva e social hegemônico nos últimos tempos no cenário internacional, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização da sociedade é, necessariamente, também um processo de organização descentralizada do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de

⁹ Como refere Lucarelli: *Occorre dunque immaginare una sintesi “pubblicistica” del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all’esperienza weimariana; ad una organizzazione statale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla “buona gestione della cosa pubblica”, viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un livello politico, o meglio da un indirizzo politico. Op.cit., p.04.*

¹⁰ Idem, p.07. Lembra Lucarelli, deixando de lado o período fascista italiano, que: *la Costituzione italiana rappresenta la “chiusura” definitiva del diritto pubblico con la Scuola del Metodo giuridico orlandiano, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un’amministrazione servente ad un indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese.*

¹¹ Idem, p.06. Refere ainda o autor que: *Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell’organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un “ruolo funzionale” del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova.*

prevenção e resolução dos conflitos existentes pela via do Direito Público¹². Na dicção de Lucarelli:

La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale; quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico, tanto più se ne esalta il ruolo.¹³

O Estado de que estou falando, pois, não se confunde somente com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida, ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do que se tem o que posso chamar de mínimos existenciais e plexos de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu evolover. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que se vai ter de superar as próprias limitações que se tem.

Como diz Lucarelli, tais questões vão fazendo surgir nova matriz estatal de conformação dos interesses públicos e privados, com a presença mais marcante e, por vezes, interventiva, das instituições públicas à proteção de interesses e bens que são indisponíveis por pertencerem ao sujeito coletivo que é a comunidade, fazendo surgir esta figura que é o Estado Social Administrativo (*L'insorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da imperium a dominium, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali*¹⁴), o que se apresenta de forma cada vez mais emergente, em face até das demandas coletivas que vão explodindo com mais frequência e intensidade.

Assim, o conceito de boa administração envolve inclusive *una estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e orientata prevalentemente al c.d. "buon governo" della cosa pubblica*.¹⁵ Ou seja, até mesmo a propriedade privada – grande bastião fundador dos direitos individuais de matiz liberal –, até então intocável pela interesse público, se vê alcançada pela lógica publicística que passa a viger na ordem constitucional social do século XX, a despeito de sua historicidade privatista, o que passo rapidamente a abordar.

¹² Veja-se que estas mudanças todas identificadas têm levado o Estado a inserir-se direta e indiretamente no processo de acumulação do capital, seja para conter a tendência decrescente da taxa de lucros nas economias capitalistas, seja para atender os imperativos da divisão e exclusão do trabalho, que requer, cada vez mais, níveis mais altos de competitividade e de inclusão social. Ver o texto de BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.

¹³ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico*: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale. Op.cit., p.10.

¹⁴ Idem, p.07. Ver também FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In *Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi, 1984, p.592. Adverte este último autor que *Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva*.

¹⁵ Idem, p.08.

3 O evolver histórico da propriedade e sua inserção social

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges¹⁶, dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antiguidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels¹⁷, percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira ideia de propriedade surgida em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.¹⁸

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Essa bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sistema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *“foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos”*.¹⁹

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Essa, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia um sistema de bens assecuratório de sua autossuficiência.²⁰

¹⁶ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

¹⁷ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

¹⁸ GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.

¹⁹ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentilícia, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.*

²⁰ Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível termos a seguinte assertiva: *É certo que o primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.*

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se dessa forma os direitos de vizinhança.²¹

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.²²

Em verdade, pode-se, a partir desses dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como consequência direta disso, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A ideia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.²³ A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõem à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.²⁴

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico,

²¹ Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

²² WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.

²³ Neste sentido BORON, Atilio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

²⁴ ZOLO, Danilo. *Libertà, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiuguagliario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato*.

ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí resultaram preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.²⁵

Conforme Pugliatti²⁶, o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.²⁷

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Josserand²⁸ e Duguit²⁹, avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, i.e., ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.³⁰

Veja-se que a ideia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que esse tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.³¹

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva

²⁵ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré*, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

²⁶ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

²⁷ Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁸ JOSSERAND, August. *De L´Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

²⁹ DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

³⁰ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na ideia de justiça.

³¹ Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao jus utendi, fruendi e abutendi do Direito Romano³²; mais do que isso, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.³³

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX³⁴, junto com a ideia de Estado Social que abordei acima, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravelmente a concepção de propriedade, sua natureza e suas funções. Essa concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos que compõe, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.³⁵

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³³ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição). Rio de Janeiro: *Revista Forense*, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³⁴ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

³⁵ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão somente para valores patrimoniais. Isso ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

sociais – perspectiva fenomenológica - do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Em verdade, a preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*. Da mesma forma a Lei nº4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art.157, III, e na Constituição de 1969, em seu art.160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, desde então, a despeito de que timidamente, essa evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi e abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.³⁶

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade³⁷, razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delimitadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada³⁸; (3) O art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária³⁹; (4) Há, ainda a regulação – art.185 - sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

³⁷ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

³⁸ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

³⁹ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano - art.183 - sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m²; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Nesse sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) Da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) Não se perca de vista o disposto nos arts. 182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.⁴⁰

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro, a despeito das posições doutrinárias e jurisprudências ainda resistentes desta perspectiva que há no Brasil e mesmo em outros países nesta quadra histórica.⁴¹

Por essas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que, se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil⁴², tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra “privada” em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político*

⁴⁰ VIVANCO, Antônio Carlos. Teoria de Derecho Agrário. México: Porrúa, 2008, p.49.

⁴¹ *Importante aqui a lembrança de Lucarelli no ponto, quando assevera que: Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione alla celebre e discussa sentenza della cassazione, sez. unite penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati della borghesia di matrice liberale.* LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p. 10.

⁴² Isto está posto de forma clara – inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade -, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art.1.231, dispondo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.* (Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.)

*dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*⁴³

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228⁴⁴ a 1232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional de o uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social. Em especial neste art.1.228, em seu §1º, tem-se de forma muito clara a preocupação em proteger o que se pode nominar de bens comuns à sociedade, asseverando que *o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Disposição dessa natureza, para além de demarcar as possibilidades da vida civil entre particulares, institui verdadeira política pública normativa de gestão de bens comuns que dizem respeito não só ao mercado, mas fundamentalmente a toda a comunidade, o que *aumenta la responsabilità delle istituzioni pubbliche, non in quanto proprietari del bene, ma in quanto tutori degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene stesso e quindi in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future.*⁴⁵

Demarcados esses cenários teóricos e normativos, cumpre agora verificar como se pode delimitar ainda mais este conceito de Bem Comum enquanto novo paradigma da propriedade, o que passo a fazer.

4 Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas

Para cumprir o intento de enfrentar os contornos semânticos e pragmáticos do conceito de Bem Comum vou me valer, dentre outros, mas principalmente, do excelente trabalho de Alberto Lucarelli (já referido), até em face das investigações que vem desenvolvendo sobre o tema no *Centre International d'Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*, de Paris e Nápoli.

Tem sustentado o professor Lucarelli que, para construir uma noção jurídica de Bem Comum, deve-se partir de uma visão mais universal do direito, fixando-se em valores/princípios

⁴³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

⁴⁴ Vide o que estabelece o art.1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda, em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁴⁵ LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007, p.03.

notadamente vinculados à sobrevivência e à convivência social lato senso⁴⁶, o que demandaria, dentre outras coisas, partir-se da delimitação de um quadro de princípios envolvendo a natureza do direito sob comento, em vez de se partir da individualização de bens juridicamente já dimensionados pelos ordenamentos positivados.

Assim, a noção de Bem Comum é o resultado de um fenômeno de necessária coesão econômica, social e territorial, envolvendo bens (naturais e construídos) da civilização, e por isto fundamentais a ela, os quais, por decisão política parlamentar e democrática, positivam-se em ordenamentos jurídicos vinculantes à tutela de tais bens enquanto condizentes à natureza humana em sua forma social e inclusive moral.

A partir deste conceito aproximativo e exemplificativo de Bem Comum, o problema que Lucaralli se coloca diz com as dificuldades de sua efetiva proteção, constantemente ameaçados não só pela cultura privatista que historicamente se tem de propriedade, mas em face da tradição de transferência do domínio e uso desses bens, pela via das concessões de serviços públicos, gestão de recursos naturais (hídricos) pelo mercado, etc. Por certo que mecanismos de controle e transparência sobre esses bens são constantemente aprimorados, o que não tem evitado os seus depauperamentos progressivos.

Assim que:

I beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, dell'appartenenza, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti... Tali istituti, infatti, oltre lo spirito originario dei beni comuni, tendono, nel migliore dei casi, a bilanciare esigenze collettive con esigenze individuali.⁴⁷

Com acerto Sandulli adverte para o fato de que o conceito de Bem Comum não implica a transmutação ou negação da propriedade privada, que continua íntegra tanto na cultura como na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais – tampouco pode ser confundido com o conceito tradicional de bem coletivo -, mas dá relevo, para além do título dominial da propriedade consecratório, ao significado e função reconhecida pelo Direito no particular, fundado em situações fáticas que geraram o reconhecimento (e tutela) normativo deste bem como comum.⁴⁸

⁴⁶ Lucarelli opta por estabelecer uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo nesta abordagem que não vou aprofundar e mesmo eger como foco, a uma porque tenho divergências epistemológicas quanto a tal opção, a duas porque, em meu sentir, se pode aprofundar este conceito de Bem Comum sem optar pela relação proposta, a três porque não teria tempo para enfrentar a abordagem filosófica proposta neste ensaio. Por uma questão de respeito ao texto do autor impõe-se esta advertência pessoal. No particular, refere Lucarelli: *L'adesione ad un contenuto minimo di diritto naturale declina altresì il principio della responsabilità giuridica verso le generazioni future e non implica alcuna violazione del principio della separazione tra diritto e morale. Questo modo di ragionare non violerebbe il principio humeano della fallacia naturalistica, cioè l'errore logico consistente nella deduzione di una conseguenza normativa da una premessa fattuale, infatti, l'idea del contenuto minimo del diritto naturale si ispira "solamente" all'idea di sopravvivenza e convivenza.* Idem, p.05.

⁴⁷ SANDULLI, A.M. *Beni pubblici*. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959, p. 285.

⁴⁸ Nas palavras de Lucarelli: *Non si è in presenza di un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, o comunque di un bene riconducibile all'istituzione pubblica, ma, si è in presenza, invece, di una res communis omnium, che, al di là del titolo di proprietà, si caratterizza da una destinazione a fini di utilità generale; si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali.* LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Op.cit., p.04.

Ou seja, parte o conceito de Bem Comum da premissa de que a sobrevivência e convivência de valores, tradições, hábitos, costumes, e todas as suas projeções materiais e imateriais na realidade histórico-social da civilização, se afiguram como bens absolutos, dos quais declinam direitos fundamentais que, para serem tutelados eficazmente, precisam de políticas públicas e ferramentas protetivas adequadas.

Com esse espectro semântico é que um dos mais importantes marcos normativos internacionais sobre o tema o define, a saber:

Artigo 1º

Definição de bens culturais

Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:

- a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;
- b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;
- c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".⁴⁹

Daí a importância, para Lucarelli, de se configurar à abordagem de tema tão complexo o que ele chama de uma Teoria Mista, capaz de levar em conta *i temi classici delle scienze giuridiche, quali la proprietà, la nozione di interesse generale, gli istituti partecipativi; una nozione che esercita diretta influenza sulla fruibilità e sulla gestione del bene comune, ovvero che presenta una diretta ricaduta sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali*.⁵⁰

Por outro lado, está em jogo nesta lógica protetiva de bens comuns a mudança paradigmática de cultura envolvendo a ideia não só de propriedade privada de interesse público, mas fundamentalmente de responsabilidade do Estado em relação a isso, porque não se pode associar a este novel tipo de propriedade mascarada espécie expropriatória que demanda indenização pecuniária ao titular do domínio ou posse. Na dicção de Lucarelli: *I principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, l'azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi*

⁴⁹ Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954. Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954). Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956.

⁵⁰ Idem, p.06. Mais adiante reforça o autor que *la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. L'abuso del diritto di proprietà costituirebbe un'aggressione a quella tavola di valori universali, oggettivizzati attraverso il diritto pubblico internazionale, le Costituzioni ed eventualmente attraverso la legislazione di rango primario*.

*generalì ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non deve indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato.*⁵¹

Vale aqui a tese de que deve o proprietário ou possuidor, em nome da subsidiariedade horizontal, solidariedade, responsabilidade cívica e republicana e tolerância, ser também responsável pela proteção de patrimônio que, além de ser privado, também é público – material e imaterialmente -, sem restringir de forma absoluta os atributos dominiais de estilo (fruição, uso, gozo, disponibilidade, etc.) do bem sob comento.

Governo pubblico dei beni comuni non va identificato con proprietà pubblica, la natura del diritto dovrebbe prevalere sulla natura giuridica del bene ed i cittadini potrebbero integrarsi nei processi di governo, attraverso un rapporto politico, piuttosto che economico. In sostanza, andrebbe data più rilevanza al soggetto, titolare di diritti, nella sua dimensione di homo civicus, piuttosto che al bene, alla cosa, espressione di una mera valenza economica. In questa dimensione giuridico-istituzionale, viene esercitata l'azione dello Stato, ora di gestore, ora di regolatore, ora di controllore, ma sempre orientata all'utilità pubblica, sempre tesa ad evitare la degenerazione dell'homo civicus in homo economicus.⁵²

Por certo que, quando o exercício desses atributos foram inviabilizados ou prejudicados de maneira predominante, poderá restar caracterizada a expropriação pública até indireta, com os consectários próprios, o que deverá ser matéria de ampla instrução probatória e caracterização conjuntural adequada, levando em conta a natureza híbrida da propriedade que se formou.

É Umberto Cerroni que, desde há muito, contextualiza bem essa abordagem, ao sustentar que *Il governo dei beni comuni, anche attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva, deve svolgersi attraverso l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni dovrebbero porre in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto di interesse generale.*⁵³

Mas que bens materiais típicos poder-se-iam demarcar como comuns à humanidade/sociedade a partir dessa reflexão de Lucarelli? Ele mesmo responde a isso, sustentando que: *Ricordiamoci che efficienza e qualità nel governo dei beni comuni significano*

⁵¹ Idem, p.08.

⁵² Idem, p.12. Alerta ainda o autor que *Governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali.*

⁵³ CERRONI, Umberto. Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960, p. 362. Lucarelli neste ponto lembra que *Alla base del bene comune vi è, dunque, il primato della funzione sul titolo, il primato della posizione giuridica soggettiva sul bene, il primato dell'ordine fenomenico e sociale sull'individuo. Una pluralità di soggetti sono consapevoli di non poter esercitare diritti individuali esclusivi e non si rapportano ad un bene in comunione in chiave concorrenziale con gli altri, dove l'interesse generale cede dinanzi al diritto di proprietà (concezione individualistica romana).*

*tutela della salute, dell'ambiente, dell'occupazione, nel rispetto dei principi della dignità, della giustizia sociale e della solidarietà.*⁵⁴

Contemporaneamente pode-se associar de igual sorte aos bens comuns ameaçados os que dizem com: (a) crescimento populacional descontrolado levando à superpopulação; (b) a poluição e a crise por que passa o acesso à água, com a superexploração de aquíferos e desperdício de água devido a problemas com irrigação; (c) problemas atinentes à extração predatória de madeira em áreas de fronteira agrícola e o uso indiscriminado de queimadas; (d) a queima de combustíveis fósseis e o conseqüente aquecimento global; (e) a destruição de *habitats* e a caça clandestina, levando à extinção em massa de holoceno; (f) a superexploração da pesca predatória, colocando em risco espécies de vida oceânica e de rios em extinção; etc..

Em termos de marcos normativos nacionais, com certeza é o art.216, da Constituição Federal de 1988, que melhor exemplifica a preocupação formal do país com a matéria deste ensaio, referido expressamente que constituem patrimônio cultural brasileiro, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aduz ainda o parágrafo primeiro daquele dispositivo constitucional que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A despeito mesmo da existência de legislação infraconstitucional protetiva destes bens – atinentes ao tombamento e mesmo inventários, por exemplo -, o grande problema ainda é o cultural, a ponto de dar efetividade às prerrogativas e às garantidas destes interesses públicos indisponíveis que representam tais bens, afigurando-se ainda um longo caminho a percorrer, sabe-se lá a que custo para o patrimônio de gerações.

⁵⁴ LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. Op.cit., p.14. Na mesma direção foi o trabalho histórico de HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In *Science*, December 13, 1968. Neste texto, o autor chega a dar exemplos paradigmáticos, em 1968, dos chamados bens comuns violados periodicamente, a saber: a sobrepesca e destruição dos Grandes Bancos, o fim da migração dos salmões em rios represados (em tempos mais recentes, principalmente no rio Colúmbia, noroeste dos EUA, mas, historicamente nos rios que deságuam no Atlântico Norte), a devastação na pesca do esturjão (em tempos recentes, especialmente na Rússia, mas em outros períodos históricos, também nos Estados Unidos), e, em termos de abastecimento de água, o suprimento limitado disponível em regiões áridas (por exemplo, a região do Mar de Aral), e o abastecimento de água de Los Angeles, especialmente no lago Mono e lago Owens.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- AZEVEDO, Paulo Ormino de. Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília, n. 22, 1987.
- BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981, v. 4.
- BERLE JR., Adolf A. *A propriedade privada na economia moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1996.
- BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto. Roma: Einaudi, 1960.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et all. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Comentários à Lei nº 9605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Coimbra: Porto, 1987.
- CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília. Ano II, nº 9, out/dez. 2003. p. 189-195.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960.
- _____. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.
- ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- FERRI, Píer Giorgio. Os bens culturais no direito italiano. In: MIRANDA, Jorge et al. *Direito do Patrimônio Cultural*. Coord. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996 p. 111-149
- FERRO, Marcelo Roberto. *A propriedade privada no código de Napoleão*. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 70, p. 48, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Competências administrativas dos estados e municípios*. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In: Quaderni Fiorentini, 13. Florença: Einaudi, 1984.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 64, p. 48, 1993.

GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908.

HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In: Especial para a Folha de São Paulo, São Paulo: Caderno MAIS!, p. 5-4, julho de 1999.

HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In: Science, Washington, DC: December 13, 1968.

HAURIUO, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

IBANEZ, Maria Del Rosário Alonso. *Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas*. In: MIRANDA, Jorge et al. *Direito do Patrimônio Cultural*. (Coord.). Lisboa: Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996 p. 151-179.

JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito. Nápole, 2009.

_____. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Federico II, 2007.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, nº 2. p. 19-35, 1993.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESNARD, André-Hubert. *Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: MIRANDA, Jorge et Al. *Direito do Patrimônio Cultural*. (Coord.). Instituto Nacional de Administração, Lisboa, p. 181-204, 1996.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina. 2004.

PARDO, Guillermo Orozco e ALONSO; Esteban J. Pérez. *La tutela civil y penal Del Patrimonio histórico cultural o artístico*. Madri. McGraw-Hill. 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994.

RICHTER, Rui Arno. *Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural. Atuação Jurídica*. Florianópolis: Associação Catarinense do Ministério Público. Ano 4, n. 6, ago. 2001, p. 69-73.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: Orgs. Cristiane Derani e José Augusto Fontoura Costa. *Direito Ambiental Internacional*. Santos: Ed. Universitária, p. 199-215. 2001.

SANDULLI, A.M. Beni pubblici. In: *Enciclopedia de Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. 5.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Forense, v. 306, p.73/78, 2005.

VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoría de Derecho Agrário*. México: Porrúa, 2008.

WALD, Arnold. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZOLO, Danilo. Liberta, proprietá Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali. In: *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.

LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA ESCASEZ DE AGUA, SEQUIAS E INUNDACIONES

Alvaro A. Sánchez Bravo¹

El Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente² (2002-2012), incluye como una de los cuatro ámbitos de acción prioritarios el cambio climático. Los esfuerzos de la Comunidad por dar respuesta a los retos que plantea el cambio climático se establecían a distintos niveles:

- integrar los objetivos del cambio climático en las distintas políticas comunitarias, especialmente en las políticas de energía y transporte;
- reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por medio de medidas específicas con el fin de mejorar la eficiencia energética, utilizar mejor las energías renovables, fomentar los acuerdos con la industria y ahorrar energía;
- desarrollar un comercio de derechos de emisión a escala europea;
- mejorar la investigación en el ámbito del cambio climático;
- mejorar la información facilitada al ciudadano en materia de cambio climático;
- examinar las subvenciones energéticas y su compatibilidad con los desafíos que plantea el cambio climático;
- preparar a la sociedad para el impacto del cambio climático

Con anterioridad, la Directiva Marco de Aguas de la Unión Europea³, establece y diseña el nuevo y unificado marco de gestión del agua con el fin de prevenir y reducir su contaminación, fomentar su uso sostenible, proteger el medio acuático, mejorar la situación de los ecosistemas acuáticos y paliar los efectos de las inundaciones y de las sequías.

Ahora bien, aunque no establece ninguna previsión específica relativa al cambio climático y sus impactos en los recursos hídricos, sin embargo constituye un instrumento clave en las políticas de adaptación, al incluir los requisitos necesarios para hacer frente al mismo.

Con base en las previsiones de la Directiva Marco, se desarrollaron otras iniciativas muy vinculantes relacionadas con el agua, y que presentan una conexión directa con las cuestiones relativas al cambio climático. Van referidas a las inundaciones, y posteriormente a la escasez de aguas y sequías. Siguiendo las propias consideraciones de la Comisión, transcribimos los elementos relevantes de ambas normas.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Teoría del Derecho (Facultad de Derecho) y Profesor de Política Criminal (Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología) de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasiero de Direito Urbanístico. Secretario de Universidades e Investigación de la Comisión Ejecutiva de FETE-UGT. Sevilla.

² Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente. DOUE L 242. 10.9.2002.

³ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOUE L 327. 22.12.2000.

1 Inundaciones

Entre 1998 y 2004, Europa sufrió más de 100 inundaciones importantes que causaron unos 700 muertos y obligaron al desplazamiento de alrededor de medio millón de personas y que ocasionaron unas pérdidas económicas, cubiertas por seguros, de por lo menos 25 000 millones de euros.

Las inundaciones son un fenómeno natural que no puede evitarse. Sin embargo, su probabilidad y sus efectos se ven incrementados por causa de la actividad humana. Los riesgos de inundación y la importancia de los daños por ellas ocasionados van a aumentar en el futuro, debido principalmente al cambio climático, a la inadecuada gestión de los ríos, a la edificación de construcciones en las zonas inundables y al ascenso del número de personas y de bienes presentes en esas zonas.

La mayor parte de las cuencas hidrográficas de Europa están compartidas entre varios países. Resulta por ello más eficaz emprender una acción a escala comunitaria, ya que con ella es posible evaluar mejor los riesgos y coordinar las distintas medidas adoptadas por los Estados miembros.

En 2007, se aprueba la Directiva relativa a las inundaciones⁴, cuyo objetivo fundamental es crear un marco común que permita evaluar y reducir en la Unión Europea (UE) los riesgos de las inundaciones para la salud humana, el medio ambiente, los bienes y las actividades económicas.

La Directiva cubre todo tipo de inundaciones, desde las que afectan a riberas y zonas costeras de la UE, hasta las ocasionadas en medio urbano por la escorrentía o por la saturación de la red de evacuación de aguas.

Las medidas contempladas para la prevención y gestión de los riesgos se organizan por demarcaciones hidrográficas. Estas demarcaciones, que pueden abarcar varias cuencas hidrográficas, son las que se establecen en la Directiva Marco del agua. Las medidas prevén principalmente la realización de una evaluación preliminar de los riesgos, la confección de mapas de las zonas de riesgo y la elaboración de planes de gestión de las inundaciones.

Los Estados miembros deben proceder no después del 22 de diciembre de 2011 a una evaluación preliminar de los riesgos por cada demarcación o porción de demarcación hidrográfica situada en su territorio. Dicha evaluación ha de incluir, entre otra información, los datos referentes a la ubicación de las cuencas hidrográficas dentro de las demarcaciones, a las inundaciones sufridas en el pasado, a la probabilidad de inundaciones futuras y a las consecuencias que se prevea pueden tener éstas.

Basándose en esa evaluación, los Estados miembros deben clasificar cada cuenca hidrográfica como (zona de riesgo potencial significativo) o como (zona sin riesgo potencial significativo). Tanto la evaluación como la clasificación resultante de ella deben ponerse a disposición del público y han de revisarse, por primera vez no después del 22 de diciembre de 2018 y, subsiguientemente cada seis años.

Igualmente, los Estados miembros deben cartografiar todas las zonas de riesgo confeccionando mapas que delimiten y clasifiquen esas zonas según su nivel de riesgo (alto, medio o bajo), y que indiquen los daños potenciales que pueda ocasionar una inundación a la población local, a los bienes y al medio ambiente.

⁴ Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación. DOUE L 288. 06.11.2007.

Estos mapas, que deben quedar establecidos no después del 22 de diciembre de 2013, tienen que ponerse a disposición del público y han de revisarse cada seis años.

Deben elaborarse y aplicarse por los Estados Miembros, a nivel de demarcación hidrográfica un plan de gestión de los riesgos de inundación. Si la zona considerada se sitúa en varios países, los Estados miembros tienen que cooperar con el fin de llegar, en la medida de lo posible, al establecimiento de un solo plan de gestión.

Los planes deben fijar un nivel de protección adecuado para cada cuenca hidrográfica, subcuenca o franja litoral, y han de establecer medidas que permitan respetar ese nivel de protección.

Las medidas de gestión deben encaminarse a reducir el riesgo de inundaciones y la amplitud de las consecuencias que puedan tener éstas. Su objetivo ha de ser la prevención, la protección y la preparación, y en su elaboración han de tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes, como la gestión del agua y del suelo, la ordenación del territorio, los usos de la tierra y la protección de la naturaleza. Estas medidas no deben traer consigo un aumento del riesgo de inundación en países vecinos, a menos que hayan sido coordinadas y que los Estados miembros interesados hayan acordado una solución.

Los planes de gestión deben contener cierto número de datos (particularmente, el grado de protección que ofrezcan y las medidas que contemplen), así como mapas que representen los riesgos de inundación en presencia. En el caso de los planes posteriores, ha de incluirse una evaluación de los avances realizados desde la aplicación del plan anterior.

Los <<mapas de riesgo de inundación>> y los <<planes de gestión>> deben ajustarse a la Directiva marco del agua, especialmente en lo que se refiere a la caracterización de las cuencas hidrográficas y a los planes de gestión de éstas, así como a los procedimientos de consulta y de información al público.

Toda parte interesada tiene derecho a participar de forma adecuada en la elaboración de los planes de gestión. Éstos deben completarse y ponerse a disposición del público no después del 22 de diciembre de 2015, y han de revisarse cada seis años.⁵

2 Escasez de Agua y Sequía

Como hemos visto anteriormente, la conjunción del aumento de las temperaturas y de la disminución de las lluvias veraniegas incrementará las olas de calor y de sequía. Los problemas vendrán de su insuficiencia, bien por una disminución temporal de la cantidad disponible debido, por ejemplo, a un déficit pluviométrico (sequía), o bien por una situación permanente en la que las necesidades de agua sean superiores a los recursos hídricos explotables (escasez de agua). En la Europa meridional estos fenómenos intensificarán la evaporación, lo que conducirá inevitablemente a una disminución de la humedad el suelo, y provocará sequías mas frecuentes e intensas.

Ante esta constatación, la Comisión elaboró una Comunicación relativa a la escasez de agua y sequía en la Unión Europea⁶.

⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/l28174_es.htm

⁶ Comunicación de la Comisión, de 18 de julio de 2007, «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea» COM (2007) 414. Bruselas. 18.07.2009.

El punto de partida para un correcto justiprecio de la situación, ha de tener en cuenta una serie de elementos importantes, entre los que cabe destacar los siguientes:

- la necesidad de proseguir la aplicación de la Directiva marco en el sector del agua;
- la ineficacia que suelen presentar a nivel nacional las políticas actuales de tarificación del agua;
- la ordenación del territorio;
- la necesidad de privilegiar medidas que tiendan a ahorrar agua, lo que supone jerarquizar las prioridades tanto en las soluciones que se adopten (para evitar en lo posible el recurso a infraestructuras de abastecimiento suplementarias), como en el destino que se dé al agua (el suministro a las poblaciones es, en este sentido, prioritario);
- la necesidad de actuar de forma integrada y de basarse en información científica.

La Comunicación presenta un abanico de orientaciones que pueden aplicarse a la gestión de los problemas de escasez de agua y de sequía, tanto en el ámbito de la UE como en el de los Estados miembros, y cita una serie de buenas prácticas que existen ya en varios países.

En aplicación del art. 9 de la Directiva marco del agua⁷, los Estados miembros deben fijar un precio justo para el agua gracias, por una parte, a una política de tarificación que se base en el análisis económico de los usos y del valor del agua y, por otra parte, a la puesta en marcha de programas que obliguen a medir su consumo.

Para limitar los efectos negativos del desarrollo económico de algunas cuencas hidrográficas y fomentar el uso racional del agua, es necesario hacer más eficaz el reparto de los

⁷ Artículo 9 Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que "quien contamina paga". Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

- que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,

- una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que "quien contamina paga".

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas.

2. Los Estados miembros incluirán en los planes hidrológicos de cuenca información sobre las medidas que tienen la intención de adoptar para la aplicación del apartado 1 y que contribuyan al logro de los objetivos medioambientales de la presente Directiva, así como sobre la contribución efectuada por los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no impedirá la financiación de medidas preventivas o correctivas específicas con objeto de lograr los objetivos de la presente Directiva.

4. Los Estados miembros no incumplirán la presente Directiva si deciden no aplicar, de acuerdo con prácticas establecidas, las disposiciones de la segunda frase del apartado 1 y, a tal fin, las disposiciones correspondientes del apartado 2, para una determinada actividad de uso de agua, siempre y cuando ello no comprometa ni los objetivos ni el logro de los objetivos de la presente Directiva. Los Estados miembros informarán en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no han aplicado plenamente la segunda frase del apartado 1.

recursos hídricos y de los fondos a ellos vinculados. En este sentido, debería hacerse hincapié en medidas que permitieran mejorar la ordenación del territorio. Entre ellas se cuentan, de forma especial, las siguientes: integrar los problemas de disponibilidad de agua en la explotación de las tierras agrícolas, aplicar estrictamente la Directiva sobre la evaluación estratégica de los efectos del medio ambiente⁸, efectuar el censo de las cuencas hidrográficas que sufran con frecuencia o de forma permanente problemas de falta de agua y adoptar normas de gestión que sean adecuadas para dichas cuencas.

Además, la financiación de los usos racionales del agua exige, entre otras medidas, las siguientes: perfilar mejor las directrices comunitarias para la financiación de las estructuras de suministro de agua, evaluar si es preciso establecer condiciones ambientales suplementarias previas a esa financiación, financiar con fondos comunitarios medidas sectoriales que contribuyan a una gestión eficaz del agua, garantizar que esos fondos se utilicen de forma adecuada y adoptar a nivel nacional incentivos fiscales que favorezcan el uso racional del agua.

La Comunicación contiene orientaciones concretas para mejorar la gestión de los riesgos de sequía. La Comisión preconiza así, como se prevé en la Directiva marco del agua, que cada Estado miembro elabore un plan de gestión de esos riesgos de aquí a 2009 basándose en las buenas prácticas intercambiadas con otros países y en los métodos elaborados a nivel comunitario. La Comisión contempla también la creación de un observatorio y de un sistema de alerta rápida para las sequías (la adopción de su prototipo y de sus disposiciones de aplicación está prevista para no después de 2012), y propone optimizar la utilización del Fondo de Solidaridad de la UE y del Mecanismo Europeo de Protección Civil para permitir que los Estados miembros gravemente afectados por la sequía reciban una ayuda rápida y adaptada.

La Comisión estima que la creación de infraestructuras de abastecimiento de agua suplementarias sólo deberá contemplarse cuando ya se hayan establecido todas las disposiciones preventivas y todas las medidas de ahorro de agua y de eficacia en su uso que sean necesarias. La creación de esas infraestructuras debe sujetarse a condiciones rigurosas, privilegiando las medidas alternativas que tengan por objeto ahorrar agua, minimizando lo más posible el impacto causado en el medio ambiente (por ejemplo, por el almacenamiento o la desviación de masas de agua o por la creación de plantas de desalinización) y garantizando la compatibilidad de estas intervenciones con las otras prioridades medioambientales y energéticas de la UE.

El despilfarro y las pérdidas de agua podrían reducirse aplicando tecnologías y prácticas que permitiesen un uso racional de este bien. La Comisión propugna así, entre otras, las medidas siguientes: establecer normas para los materiales que utilizan agua (particularmente para fines agrícolas), estudiar la conveniencia de una normativa específica para los productos que no consumen energía pero sí agua (por ejemplo, grifos, alcachofas de ducha, inodoros, etc.), integrar las consideraciones relativas al uso del agua en las normas aplicables a los productos y a los edificios, impulsar la investigación, analizar la posible creación de un indicador de eficiencia basado en el uso del agua o establecer acuerdos voluntarios con los sectores que utilizan agua en sus procesos de fabricación.

Es necesario, asimismo, implicar a los consumidores y a los agentes económicos, favoreciendo el nacimiento de una cultura de ahorro de agua en Europa. Para ello, debe estudiarse la adopción de medidas que tengan por objeto informar y responsabilizar a unos y otros, como, por ejemplo, las siguientes: emprender una iniciativa coordinada para el uso racional del agua en las empresas que estén comprometidas en el ámbito de su responsabilidad social, integrar normas de gestión del agua en los sistemas de garantía de calidad y de

⁸ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. DOUE L 197. 21.07.2001.

certificación, ampliar los sistemas de etiquetado comunitario y prestar apoyo a nivel nacional a los programas de educación, a los servicios de asesoría, al intercambio de buenas prácticas y a las campañas de información que se centren en la disponibilidad del agua.

La toma de decisiones ha de basarse en una información de calidad, lo que obliga a aumentar los conocimientos y mejorar la recogida de datos. Para ello, debería desarrollarse en toda Europa un sistema de información sobre la escasez de agua y las sequías que se basara en el Sistema de Información sobre el Agua (WISE), así como en una evaluación europea anual realizada con indicadores adecuados y en la información facilitada por la iniciativa GMES⁹. Además, es preciso estimular las perspectivas en materia de investigación y desarrollo tecnológico promoviendo las actividades de I+D a través del Séptimo Programa Marco de Investigación, dando una amplia difusión a los resultados de dichas actividades y facilitando su explotación.

⁹ Vigilancia Mundial del Medio Ambiente y la Seguridad (GMES). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de noviembre de 2008, «Vigilancia Mundial del Medio Ambiente y la Seguridad (GMES): por un planeta más seguro». COM (2008) 748. Bruselas. 12.11.2008.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL

André Viana Custódio¹

1 Considerações Iniciais

Este texto apresenta, em síntese, algumas concepções sobre desenvolvimento sustentável e as políticas públicas ambientais no Brasil. Aponta desafios e obstáculos para a proteção ambiental no marco do processo de globalização econômica monopolista e destaca ainda a estrutura do Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente do Brasil definindo as principais atribuições dos respectivos órgãos em âmbito nacional, estadual e local.

2 Meio Ambiente e desenvolvimento sustentável

A revolução ambiental que o mundo assistiu ao final do século XX alargou a necessidade de compreensão mais aprofundada das relações entre políticas públicas e meio ambiente. O esverdeamento do pensamento social resultou na incorporação de novas matrizes epistemológicas fundadas na radicalização do pensamento ecológico ou a ecologização do pensamento político, permitindo novos olhares ao tema.

A ecologia moderna desistiu dos modelos de equilíbrio, emprestados da economia, para se tornar uma história natural que abarca centenas de milhares de anos. Toda a história da humanidade, muita mais curta, deve conseqüentemente ser reexaminada em termos de integração das duas, tendo o conceito de coevolução como categoria central.²

A ideia de sustentabilidade ambiental e planetária tem mais sentido se considerado o termo na sua forma plural e multidimensional, pensando-se sustentabilidades nas dimensões sociais, culturais, ecológicas, ambientais, territoriais, econômicas e políticas.

O conceito de desenvolvimento sustentável acrescenta uma outra dimensão – a sustentabilidade ambiental – à dimensão da sustentabilidade social.

Ela é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Elas nos compelem a trabalhar com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional. Ela nos impele ainda a buscar soluções triplamente vencedoras, eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais como

¹ Doutor em Direito (CPGD/UFSC), Mestre em Direito (CPGD/UFSC), Graduado em Direito (CCJ/UFSC), Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Avantis. Pesquisador do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC), Pesquisador do Grupo Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), Coordenador Executivo do Instituto Ócio Criativo, Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais, Consultor do PNUD/MDS. E-mail: andreviana.sc@gmail.com

² SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 50.

ambientais. Outras estratégias de curto prazo levam ao crescimento ambientalmente destrutivo, mas socialmente benéfico, ou ao crescimento benéfico, mas socialmente destrutivo.³

Nesse sentido, o termo sustentabilidade tem diversas outras dimensões tais como a sustentabilidade social que por ter relação intrínseca com o tema do desenvolvimento deve estar à frente das discussões, pois é mais provável a ocorrência de um colapso social, antes de qualquer catástrofe ambiental⁴ nestes tempos de capitalismo financeiro monopolista concentrado.

A sustentabilidade social deve envolver a garantia de condições básicas de vida para a população planetária, de forma equitativa e equilibrada, estabelecendo-se condições de distribuição justa da renda com igualdade de acesso aos serviços e bens públicos fixando-se estratégias de garantia e efetivação dos direitos humanos.

Para maior parte da humanidade, o processo de globalização acaba tendo, direta ou indiretamente, influência sobre todos os aspectos da existência: a vida econômica, a vida cultural, as relações interpessoais e a própria subjetividade. Ela não se verifica de modo homogêneo, tanto em extensão quanto em profundidade, e o próprio fato de que seja criador de escassez é um dos motivos da impossibilidade da homogeneização. Os indivíduos não são igualmente atingidos por este fenômeno, cuja difusão encontra obstáculos na diversidade das pessoas e na diversidade dos lugares.⁵

Assim, a sustentabilidade na sua dimensão cultural deve promover as condições relativas à universalização dos direitos humanos, respeitando os elementos inerentes à diversidade cultural obviamente quando esta não representar a reprodução de práticas culturais e históricas de violência. Ainda, estimular a autonomia e a liberdade em relação à preservação das práticas culturais locais e o fortalecimento das identidades étnicas e raciais com base no princípio do respeito à diversidade.

A sustentabilidade ecológica tem como foco a preservação ecossistêmica com medidas políticas de resistência contra as interferências econômicas de modo a garantir as condições equitativas de acesso aos recursos naturais para as atuais e futuras gerações. Nesse sentido, é necessária especial atenção ao aspecto da sustentabilidade territorial que envolve o planejamento e o ordenamento do espaço urbano e rural, a promoção das melhorias necessárias das condições de infraestrutura, a democratização e o fortalecimento da participação popular na deliberação, no controle e na avaliação das políticas públicas ambientais no âmbito local, bem como o mapeamento e o controle das condições de preservação e de impacto na biodiversidade.

A sustentabilidade econômica deve garantir estratégias de superação das condições de pobreza mediante o desenvolvimento econômico distributivo, planejado e democrático, mas especialmente articulado com um conjunto de políticas sociais públicas de caráter universal.

A erradicação da pobreza é pressuposto para a garantia e promoção do desenvolvimento sustentável. As metas estabelecidas nos objetivos do milênio das Organização das Nações Unidas tem papel relevante neste sentido devendo-se considerar que o fim da pobreza mundial pode ser planejado, previsto e antevisto, desde que as condições estruturais, políticas e econômicas estejam direcionadas para tal fim.

³ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 15.

⁴ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 50.

⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, p. 143.

SACHS aponta como desafios para a eliminação da pobreza no mundo: a promoção do desenvolvimento sustentável, mas aliado a outras medidas tais como: o compromisso individual e global com o fim da pobreza; a adoção de um plano de ação fortalecendo as Metas de Desenvolvimento do Milênio; a elevação da voz dos pobres; o resgate do papel dos Estados Unidos no mundo em sua busca pela supremacia global, bem como do FMI e do Banco Mundial, o fortalecimento das Nações Unidas, o aproveitamento da ciência global e, por fim, a promoção do desenvolvimento sustentável.⁶ Por óbvio a ideia de desenvolvimento sustentável não está acompanhada das demais medidas, diga-se de caráter conservador, medidas gratuitamente. Representa, antes de tudo, componente substancial do discurso conservador dominante.

Já a dimensão política da sustentabilidade deve considerar o enraizamento da democracia e a universalização do exercício material dos direitos humanos tensionando a responsabilidade dos Estados nacionais na oferta e na garantia da melhoria crescente dos indicadores de desenvolvimento humano.

A ordem jurídica nacional e internacional já reconheceram que a gestão ambiental deve ser compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. Pode-se dizer que existe um estímulo à participação dos cidadãos em espaços públicos na defesa do meio ambiente, seja para contribuir para a formulação de políticas públicas e de normas, seja para participar da avaliação de estudos de impacto ambiental, ou opinar genericamente sobre a temática ambiental.⁷

No entanto, não se pode pensar o processo de democratização desconsiderando-se as relações entre democracia, ordem mundial e globalização. Nesse aspecto, VIEIRA traz interessante classificação sobre democracia e ordem mundial definindo de acordo com as seguintes tradições do pensamento: o realismo, o internacionalismo liberal, o radicalismo e o cosmopolitismo.⁸

O pensamento realista percebe como atores-chave os Estados e as organizações internacionais, mas o exercício do governo se faz por Estados hegemônicos representados por grandes potências mundiais. Não se caracteriza por uma ordem mundial democrática, mas reconhece alguma responsabilização ou representação nas relações globais, sendo herdeiro de uma tradição democrática representativa que sustenta uma ordem mundial hierarquizada mantida por uma governança global orientada pela lógica do puro poder.⁹

O internacionalismo liberal também considera os Estados e as organizações internacionais como atores-chave do processo político, mas o exercício do poder se dá através dos Estados nacionais articulados com agências internacionais, corporações e organizações não governamentais. Não pretende instituir uma ordem mundial democrática, mas implantar um modelo de governança global a partir dos setores privados sustentado numa lógica da democracia liberal clássica enriquecida pelas práticas em busca de consensos negociados num sistema poliárquico, gerando como fenômeno global o fortalecimento de processos complexos e multicausais interdependentes com a manutenção de zonas restritas de paz.¹⁰

A tradição do pensamento radical desloca a compreensão dos atores-chave valorizando o capital transnacional, os Estados e as agências econômicas internacionais como os animadores

⁶ SACHS, Jeffrey. O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 411-414.

⁷ FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: FAPESP, Annablume, 2002, p. 170.

⁸ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 261.

⁹ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 261.

¹⁰ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 261.

do processo de globalização. Visa estabelecer formas de garantia para o capitalismo globalizado, governado por uma classe capitalista transnacional e por elites representadas pelos Estados-agências internacionais. Requer uma dupla democratização da vida local e global, mas não sustenta uma ordem global democrática. Defende a dominação do capital nas relações de manutenção da ordem mundial e uma governança de caráter humanitário produzindo uma globalização economicamente dirigida e sujeita a múltiplas contradições.¹¹ No entanto,

Sabemos que, por trás da opaca nuvem de nossa ignorância e da incerteza dos resultados detalhados, as forças históricas que moldaram o século continuam a operar. Vivemos num mundo conquistado, desenraizado e transformado pelo titânico processo econômico e tecnocientífico do desenvolvimento do capitalismo, que dominou os dois ou três últimos séculos. Sabemos, ou pelo menos é razoável supor, que ele não pode prosseguir *ad infinitum*. O futuro não pode ser uma continuação do passado, e há sinais, tanto externamente quanto internamente, de que chegamos a um ponto de crise histórica. As forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, ou seja, as fundações materiais da vida humana. As próprias estruturas das sociedades humanas, incluindo mesmo algumas das fundações sociais da economia capitalista, estão na iminência de ser destruídas pela erosão do que herdamos do passado humano. Nosso mundo corre o risco de explosão e implosão.¹²

Já o cosmopolitismo enquanto tradição de um pensamento sobre democracia e ordem mundial é representado pela diversidade dos atores-chave envolvendo os Estados, organizações internacionais, corporações e movimentos sociais. Defende o exercício do governo pelos Estados, povos, corporações, organizações internacionais, comunidades, organizações não governamentais, enfim, a maior diversidade de interferência e participação no exercício do poder político. Não defende uma ordem mundial democrática, mas requer para sua efetivação uma democracia transnacional conjugando elementos de democracia liberal, direta e participativa. A nova ordem mundial está centrada no papel dos Estados e povos cosmopolitas produzindo uma globalização resultante de multicausalidades com potencial de transformações estruturais profundas.¹³

As conferências globais da Organização das Nações Unidas, em especial a de Estocolmo sobre Ambiente Humano de 1972 e ECO-92 do Rio de Janeiro, alcançaram apenas parcialmente resultados que podem ser considerados de impactos globais. A própria Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (CDS), órgão das Nações Unidas, subordinado ao Conselho Econômico e social (ECOSOC), encarregado de promover o acompanhamento político internacional das decisões da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), que tem mandato para coordenar atividades de outros órgãos da ONU que se relacionem a desenvolvimento sustentável; analisar progressos no âmbito nacional, regional e internacional e promover a implantação da Agenda 21 reconhece esses desafios.¹⁴

¹¹ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 261.

¹² HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX, 1914-1991*. Companhia das Letras, 1995, p. 562.

¹³ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 261.

¹⁴ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 165.

3 As políticas públicas ambientais no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, previu em seu art. 225 que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Para concretizar os princípios e regras constitucionais, o país implantou o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) que consiste em conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental caracterizando pela sua função instrumento concretizador de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental. Para LEITE,

[...] o Estado de Direito Ambiental, para se tornar um Estado de Justiça ou de Equidade Ambiental, deve estar ancorado em uma carta de respeito à natureza e depende de uma ação solidária da coletividade, com a preservação do ecossistema, e não apenas com o fim de proteção da natureza para o uso e proveito do ser humano. Ademais, é premente desenhar uma forma de equidade ambiental, remodelando o mercado e o consumo existentes nesta sociedade contemporânea.¹⁵

O SISNAMA está estruturado com base nos seguintes níveis político-administrativos: Órgão Superior, Órgão Consultivo e deliberativo, Órgão Central, Órgão Executor, Órgãos Seccionais e Órgãos Locais.

O Conselho de Governo é o órgão superior e reúne a Casa Civil da Presidência da República, os Ministros de Estado, os titulares de órgãos essenciais da Presidência da República e pelo Advogado Geral da União. Tem a função de assessorar a Presidência da República na formulação de políticas e diretrizes nacionais para o meio ambiente e recursos naturais.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, é órgão consultivo e deliberativo, com correspondentes Conselhos no âmbito dos Estados da federação e dos municípios, reúne diferentes setores da sociedade com a finalidade de normatizar os instrumentos das políticas públicas ambientais, em especial:

Estudar e propor diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais;

Baixar normas para a execução e implementação da Política do Meio Ambiente;

Estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivamente ou potencialmente poluidoras;

Determinar a realização de estudos sobre as alternativas e possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando as informações indispensáveis à apreciação dos estudos de impacto ambiental e

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa*. In: LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Boiteux, 2000, p. 40.

respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental;

Decidir como última instância sobre multas e penalidades impostas pelo IBAMA;

Submeter aos órgãos competentes propostas referentes à concessão de incentivos e benefícios fiscais e financeiros visando à melhoria da qualidade ambiental;

Criar e extinguir as câmaras técnicas;

Aprovar seu regimento interno.¹⁶

Ministério do Meio Ambiente é o órgão central que tem por função planejar, coordenar, supervisionar e controlar as ações relativas à política do meio ambiente. Nesse nível, o órgão executor é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que tem a função de executar e fazer executar as políticas e diretrizes governamentais definidas para o meio ambiente.

Os órgãos seccionais são as instâncias no âmbito dos Estados da federação de caráter executivo compostas por órgãos e entidades responsáveis pela execução de programas e projetos, pelo controle e fiscalização das atividades degradadoras do meio ambiente e, normalmente, com ações coordenadas pelas Secretarias Estaduais do Meio Ambiente.

No âmbito local há os órgãos seccionais que têm caráter executivo integrados pelos órgãos e entidades municipais responsáveis pelo controle e pela fiscalização das atividades no âmbito municipal, em regra, coordenados pelas Secretarias Municipais do Meio Ambiente ou órgãos equivalentes.

A implementação e o fortalecimento do Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente é um desafio histórico do Estado e da sociedade brasileira. Para concretizar tal processo torna-se necessário a ampliação dos processos de participação popular, maior transparência nas práticas de controle, avaliação e gestão das políticas ambientais, o fortalecimento da participação qualificada da sociedade civil nos processos decisórios, a implementação dos Conselhos de Meio Ambiente em todos os municípios brasileiros, a qualificação da gestão ambiental com responsabilidades compartilhadas entre os diversos poderes e órgãos e o aprofundamento da transversalidade promovendo a integração e articulação com os demais órgãos de proteção e garantia do meio ambiente, tais como o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. A radicalização dos processos democráticos e o planejamento estratégico das políticas ambientais são pressupostos objetivos para a garantia de um futuro sustentável.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁶ FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: FAPESP, Annablume, 2002, p. 72.

FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: FAPESP, Annablume, 2002.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Boiteux, 2000.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

LOS MIMBRES DEL CANASTO. NOTAS PARA UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Alfonso de Julios-Campuzano¹

1 La crisis del Estado en la era de la interdependencia

La globalización no es, en absoluto, un fenómeno unidimensional. Más que un fenómeno singular, la globalización comporta una red compleja de interacciones e influencias. La globalización representa, como sostiene Octavio Ianni, un nuevo ciclo de expansión del capitalismo, como modo de producción y proceso civilizatorio de alcance mundial²; un ciclo caracterizado por la integración de los mercados de forma avasalladora y por la intensificación de la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales e informaciones a nivel planetario. Es lo que Wallerstein ha denominado "*economía mundial capitalista*": un nuevo marco económico mundial regido por el sistema capitalista cuya dinámica expansiva alcanza así su culminación³.

Castells ha denominado la *sociedad red*: una sociedad construida por la revolución de las tecnologías de la información y la reorganización del capitalismo. La sociedad red representa un nuevo modelo de organización socioeconómica mediante la globalización de las actividades económicas y el desarrollo de un sistema de medios de comunicación omnipresentes, interconectados y diversificados. La acción combinada de estos elementos ha provocado una "*transformación de los cimientos materiales de la vida, el espacio y el tiempo, mediante la constitución de un espacio de flujos y del tiempo atemporal*"⁴. El capitalismo se expande a ritmo de vértigo, los intercambios se multiplican, y el dinero se mueve por los circuitos virtuales de la telemática: nuevos flujos financieros que escapan a todo control. En este escenario, los Estados-nación pierden de manera alarmante su propia capacidad de dirección, de regulación y de control sobre los procesos socio-económicos. Estamos, como ha recordado Ianni, ante una "*crisis generalizada del estado-nación*"⁵: las alteraciones de la economía provocan un conjunto concatenado de reacciones que van desde la disminución de la capacidad de reglamentación de los gobiernos a la aparición de nuevas configuraciones geopolíticas con poder para controlar los flujos productivos, mercantiles, monetarios y migratorios⁶. La globalización genera una multiplicidad de conexiones y relaciones entre Estados y sociedades, multiplicidad que trastoca y que quiebra los viejos esquemas del orden jurídico, social y político auspiciado por la centralidad del Estado-nación.

Conviene, sin embargo, advertir, como ha apuntado Beck, que el sistema económico desafía sus propias exigencias de legitimidad al erigirse en amenaza contra el sistema de

¹ Universidad de Sevilla.

² IANNI, O. *A era do globalismo*, 4. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 11. 1999a

³ WALLERSTEIN, I. (1979): *The Capitalist World-Economy*, Cambridge: Cambridge University Press y Wallerstein, I. (1991): *Geopolitics and Geoculture*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁴ CASTELLS, M. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*, vol. 2: El Poder de la Identidad, Madrid: Alianza, 23. 1998.

⁵ IANNI, O. *A era do globalismo*, 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 17. 1999.

⁶ FARIA, 2000, 7-8; DE LA DEHESA, 2000.

libertades de la democracia capitalista. No es ocioso recordar que el nuevo sistema de producción escapa con facilidad, a través de la desterritorialización de los centros productivos, a las pretensiones recaudatorias de los Estados, que se ven abocados, como consecuencia de ello, a una crisis financiera que amenaza los niveles de bienestar social. La descentralización productiva provoca, entonces, una crisis de la sociedad del trabajo que alcanza de lleno a los sistemas de prevención social, pues "*cuando el capitalismo global de los países más desarrollados destruye el nervio vital de la sociedad de trabajo, se resquebraja también la alianza histórica entre capitalismo, Estado asistencial y democracia*"⁷. La amenaza a los contenidos sociales es, en definitiva, una amenaza a la libertad política y a la democracia, pues el capitalismo socialmente "amortiguado" no es una buena obra social, sino un hecho de Ilustración aplicada⁸. Estamos, como Lash y Urry han puesto de relieve, ante el fin del capitalismo organizado⁹.

Desde esta perspectiva, la globalización se nos presenta como un reto al proceso de expansión de la racionalidad occidental que, durante siglos, pugnó por domesticar el poder, la política y la economía a través del derecho y que ahora se ve asediada por el proceso de autonomización de la racionalidad económica. La globalización se caracteriza, justamente, por la ausencia de control, por la pérdida de referentes, por la liberación de un sistema económico que repele toda tentativa de control desde el poder político. Esta idea, como ha apuntado Bauman, subyace al fenómeno de la globalización¹⁰. La nueva era que se abre ante nuestros ojos se distingue, justamente, por la ausencia de control sobre el sistema económico: la era del capitalismo desorganizado, un capitalismo incontrolado cuya desorganización es sólo aparente, pues encubre todo un entramado normativo que se sobrepone a los ordenamientos jurídicos estatales y que condiciona drásticamente la efectividad y el alcance de las legislaciones estatales. Es el *laissez faire* a nivel internacional, construido a partir de la fragilidad de los Estados para responder a estos procesos económicos globales.

En suma, la globalización de los mercados no ha ido acompañada de un proceso simultáneo de carácter global en los ámbitos jurídico y político. Esta situación ha propiciado la emergencia de un capitalismo global cuya capacidad de gestión se superpone a las propias estructuras estatales y limita severamente los ámbitos de decisión política a nivel interno. El impacto de la crisis del Estado en el ámbito jurídico se traduce en una creciente pérdida de capacidad reguladora, en el debilitamiento del estatuto de las libertades y en amenazas para la garantía de los derechos humanos. El desajuste estructural entre la globalización del mercado y las instituciones locales del Estado-nación resulta ya alarmante. Los desafíos de nuestro mundo reclaman con premura un reajuste a partir del desarrollo de nuevos procesos institucionales de carácter global en los ámbitos jurídico y político.

La globalidad, a tenor de ello, es en palabras de Beck, "*una condición impostergable de la actividad humana en las postrimerías de este siglo*"¹¹. Asumir esta situación es algo prioritario: hay que caer en la cuenta de que el mundo ya no volverá a ser lo que era, que un nuevo orden comienza a emerger y que nos cumple la responsabilidad de modelarlo. Justamente por ello hay

⁷ BECK, U. (1998): *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona: Paidós, 97; vid. también Martín, H.P. y Schumann, H. (2001): *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, 3ª edición, Madrid: Taurus.

⁸ BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona: Paidós, p. 97-98, 1998.

⁹ LASH, S. y Urry, J. *The end of organized capitalism*, Cambridge: Polity Press, 1987.

¹⁰ BAUMAN, Z. *Globalização. As consequências humanas*, Rio de Janeiro: Zahar, 67, 1999.

¹¹ BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona: Paidós, 35, 1998.

que reivindicar la capacidad del hombre para diseñar la ordenación social. Aprender la dimensión global de la política y el derecho se antoja una necesidad inaplazable: precisamos nuevas instituciones y organizaciones desde las que abordar los retos del presente. Nuestra era está marcada por el retroceso de la capacidad del Estado para articular las relaciones sociales: su crisis pone de manifiesto el declive de uno de los principios característicos de la primera modernidad: el "*nacionalismo metodológico*", que entendía la ordenación social, política y económica como una proyección del modelo institucional del Estado-nación¹². La globalización, subraya Ianni, ha tornado anacrónico el Estado-nación y quimérica la soberanía: el paradigma de las relaciones internacionales que otorga prioridad a la figura del Estado-nación como actor principal ya no resulta suficiente¹³. Las nuevas realidades de la sociedad global requieren nuevos paradigmas institucionales de aliento global. Esta pérdida progresiva de protagonismo del Estado ante el empuje de un poder económico transnacional precisa ser contrarrestada. La fragmentación política y la globalización económica son, como ha apuntado Bauman, aliados íntimos y conspiradores afinados. La integración y la división, la globalización y la territorialización, son procesos mutuamente complementarios¹⁴. La globalización ha generado un desajuste, una disfunción, entre el desarrollo del mercado y el de las instituciones políticas y jurídicas de carácter global, cuya precariedad es, justamente, la mejor baza para el avance de un capitalismo frenético, posesivo y desbocado.

2 Soberanía y Constitucionalismo: ¿un matrimonio en crisis?

La aparición del Estado constitucional no resuelve, por tanto, los múltiples problemas que se ciernen sobre el constitucionalismo contemporáneo. Fundamentalmente, porque el escenario de pluralismo normativo que se registra en el ámbito territorial de cada Estado se ve acrecentado de manera notoria por la proliferación exponencial de nuevos actores jurídicos en la arena global. La era de la interdependencia que inaugura la globalización es, ante todo, la era del pluralismo normativo: el fin de la concepción monista de la producción jurídica y de los principios sobre los que ésta se había sustentado. Es, como certeramente ha observado Ferrarese, el inicio de una nueva civilización jurídica, caracterizada por la multiplicación de actores, por la irremisible pérdida de protagonismo de los Estados a nivel interno y externo, por la quiebra del ordenamiento jurídico y por la aparición de nuevas fuentes de normatividad como consecuencia de la redefinición de los límites espacio-temporales, del que surge inevitablemente un panorama poroso de pluralismo normativo que rompe la homogeneidad característica de épocas pretéritas y que, al asumir formas de interlegalidad, tiende a crear redes de legalidad, paralelas o sobrepuestas, complementarias o antagonistas¹⁵.

El progresivo debilitamiento del Estado en el escenario internacional alcanza de lleno, así, al principio de legalidad, que se ve acosado por las acometidas constantes de nuevas instancias de regulación. Como ya se ha recordado, sólo si nos aferramos a una perspectiva estrictamente formalista sería posible sostener que los efectos de la globalización sobre el ordenamiento

¹² BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona: Paidós, 99 ss. 1998.

¹³ IANNI, O. *A era do globalismo*, 4ª edic., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 94-95, 1999a.

¹⁴ BAUMAN, Z. *Globalização. As consequências humanas*, Rio de Janeiro: Zahar, 77, 1999.

¹⁵ FERRARESE, M^a. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna: Il Mulino, 42, 2000.

jurídico resultan irrelevantes¹⁶. Se ha subrayado, en este sentido, que el orden internacional instaurado tras la Paz de Westfalia ha entrado en crisis, una crisis que se traduce en la pérdida creciente de protagonismo del Estado-nación como actor exclusivo del Derecho internacional, cuyo protagonismo se ha ido diluyendo de manera progresiva a partir de la segunda posguerra mundial con la aparición progresiva de nuevos actores supra y transnacionales¹⁷.

Ese proceso se ha visto notablemente redimensionado en las últimas décadas, como consecuencia del impacto en el ordenamiento jurídico estatal de las organizaciones internacionales de integración que demanda la cesión de competencias por parte de los Estados miembros, con la consiguiente reducción de su soberanía; pero no puede soslayarse tampoco la incidencia que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información ha tenido en la gestación de un nuevo modelo de capitalismo basado en la interdependencia y la proliferación de corporaciones transnacionales de carácter privado y de instancias transnacionales de decisión, ajenas a todo acceso democrático, así como nuevos actores sociales transnacionales congregados fundamentalmente en torno a organizaciones no gubernamentales. De este modo, la soberanía de los Estados se está viendo drásticamente limitada ante un escenario internacional cada vez más poblado por un variopinto paisaje de actores de diversa procedencia, cuya capacidad regulatoria interfiere, limita o cercena severamente la propia capacidad normativa de los Estados¹⁸.

La transformación de la soberanía estatal demanda una transformación del paradigma constitucional que permita su adecuación a las actuales circunstancias del Estado contemporáneo, que se ve constreñido por nuevos procesos que alteran la comprensión original de la soberanía estatal. Entre esos "*factores demoleedores de la soberanía*" destacan el pluralismo social y político a nivel interno, la formación de poderes alternativos de ámbito supraestatal que operan en el campo económico, político, cultural y religioso y la progresiva institucionalización de contextos que integran los poderes estatales sustrayéndolos a la disponibilidad de los Estados particulares.

Sumido de pleno en este proceso, el constitucionalismo moderno ha sido sometido a una severa crítica centrada, entre otros argumentos, en su estrecha vinculación al marco político estatal y a su incapacidad para encarar los desafíos de los flujos transnacionales que en los ámbitos político, económico y social, escapan al poder del Estado¹⁹. Todo ello revela el debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución en un contexto marcado por la interdependencia característica de los procesos desencadenados por la globalización. Se pone así de relieve la conexión de la vigencia de la Constitución con el pleno desarrollo de su dimensión garantista. La crisis del papel garantista de la Constitución, en opinión de Ferrajoli, es una consecuencia del fin del Estado nacional como actor único de la producción jurídica. En la medida en que se multiplican las instancias productoras de Derecho y las fuentes de normatividad y se desplazan los centros de decisión, la efectividad de la Constitución queda en

¹⁶ MERCADER UGUINA, J.R. "Sistema de fuentes y globalización", Revista Española del Derecho del Trabajo, 119, 2003, p. 667-690.

¹⁷ DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (2003): La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III; Pérez Luño, A.E. (2006): "Los Derechos humanos en la sociedad global", en La tercera generación de Derechos humanos, Madrid,: Thomson-Aranzadi.

¹⁸ FERRAJOLI, L. (1999): Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid: Trotta; Beck, U. (1998): ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona: Paidós; Ianni, O. (1999a): A era do globalismo, 4ª edic., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; Gómez, J.Mª. (2000): Política e democracia em tempos de globalização, Petrópolis: Vozes.

¹⁹ WALKER, N. "The Idea of Constitutional Pluralism", EUI Working Papers, Law v. 1, Florencia: European University Institute, 3. 2002.

entredicho, pues es la misma soberanía del Estado la que ha sido socavada y, con ella, la capacidad reguladora del texto constitucional y de su ordenamiento jurídico. Y esto entraña, según el jurista italiano, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica, en la medida en que se genera un Derecho comunitario de naturaleza fundamentalmente jurisprudencial, como consecuencia de la intervención de diversas jurisdicciones eventualmente concurrentes, al tiempo que la multiplicación de normatividades provoca el regreso a un pluralismo jurídico propio del Derecho premoderno²⁰.

Como ha puesto de relieve Ferrajoli, la eficacia de las normas constitucionales está asociada a la existencia de garantías que aseguren su materialización social. El Derecho de nuestro tiempo se ve desafiado por la ausencia de un sistema amplio de garantías, sin las cuales la eficacia de las normas queda profundamente diezmada al chocar con imperativos de tipo técnico o económico que se oponen a la fuerza normativa de los preceptos jurídicos. Frente a ello, hay que recordar que la ausencia de garantías no afecta a la positividad de los derechos, sino sólo a sus mecanismos de protección, de cuya inexistencia o insuficiencia sólo puede derivarse la necesidad de implementar una protección efectiva. Por eso, frente a quienes niegan la existencia de un derecho en virtud de su protección precaria, Ferrajoli reivindica, en función del principio de legalidad, la plena vigencia de los derechos positivamente establecidos y la obligación que concierne a los poderes públicos, internos o internacionales, de colmar la laguna jurídica que comporta la inexistencia de un sistema de garantías adecuado.

La confusión entre derechos y garantías resulta inadmisibles, pues de planteamientos de esta naturaleza se podrían derivar resultados absurdos, como la descalificación en el plano jurídico de la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidos a simples declaraciones retóricas vacías de contenido. Frente a la falacia realista que reduce el Derecho al hecho, Ferrajoli apuesta por la articulación de un completo sistema de garantías que libere a los derechos sociales de su consideración programática y discrecional, confiados a una onerosa y compleja mediación política y burocrática²¹. Por tanto, si una norma válida carece de un adecuado sistema de garantías que asegure su cumplimiento, esa carencia debe ser considerada como una laguna del ordenamiento jurídico que ha de ser colmada²². Y quizás una de las más preocupantes reducciones del pensamiento jurídico contemporáneo consiste precisamente en esta desvinculación entre el reconocimiento de los derechos y la consagración de las normas constitucionales y la articulación de un sistema de garantías que permitan conformar la realidad con las exigencias normativas.

La crisis del Estado-nación se manifiesta en el desplazamiento de la soberanía, el debilitamiento del constitucionalismo, la alteración del sistema de fuentes y la erosión de la capacidad de decisión de los Estados a la hora de implementar sus políticas. Si el Estado no es capaz de desarrollar un sistema de garantías, será preciso, entonces, trascender más allá de los estrechos confines de la estatalidad para lograr espacios de cooperación y desarrollo más pleno de los preceptos constitucionales, transfiriendo los centros de decisión hacia espacios más amplios, de carácter regional, que permitan hacer frente al desafío de la ineffectividad y de la

²⁰ FERRAJOLI, L. Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Carbonell, M. (ed.): Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2005, p. 20-21.

²¹ FERRAJOLI, L. (1999): Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid: Trotta, 34, 43, 59-65 y 108-112. Sobre ello, vid. De Julios-Campuzano, A. (2003): La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 94-106.

²² FERRAJOLI, L. Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid: Trotta, 62-63, 1999.

ausencia de tutela y reformando convenientemente el sistema de fuentes²³. Es preciso cuestionar el nexo histórico entre Estado y Constitución. El paradigma garantista del Estado de Derecho, apunta Ferrajoli, es aplicable a cualquier ordenamiento²⁴. Se afirma así la vocación universalista de un constitucionalismo acosado por el espectro de la ineficacia. Ese vínculo aparentemente indisoluble entre Estado, Constitución y garantía de los derechos fundamentales se nos revela ahora como contingente.

La vertebración de un sistema adecuado para la plena materialización de las normas constitucionales quiebra los esquemas de una dogmática jurídica estrechamente vinculada al Estado-nación, cuya superación resulta ahora ya una necesidad inaplazable. La garantía de los derechos, su realización en términos prácticos, requiere de la implementación de nuevos modelos jurídicos acordes con las exigencias de la interdependencia en la era de la globalización. Un nuevo saber jurídico capaz de vertebrar la demanda de universalidad de los principios constitucionales y de articular una respuesta eficaz frente a la creciente pérdida de capacidad normativa de los ordenamientos jurídicos estatales.

En este sentido, la tarea que apremia al constitucionalismo es tan ardua como la amplitud del compromiso de juristas y políticos por adoptar soluciones efectivas para problemas que afectan a toda la especie humana; se trata, como ha afirmado Lewis, de ampliar el firmamento legal, tradicionalmente concentrado en derechos civiles y políticos, hacia nuevas necesidades relativas a la exclusión social que alcanzan a diferentes niveles de la cotidianeidad; un nuevo orden jurídico y político cuya fuerza expansiva no se limita a las instituciones públicas sino que afecta al completo orden social: *“Es tiempo de establecer -continúa Lewis- una Constitución que proclame la importancia de la vida de las personas a través de generaciones y que asegure una medida adecuada de ayuda que permita a esos seres humanos vivir su vida en plenitud... El ordenamiento jurídico tiene que asumir su cuota de responsabilidad en la liberación de nuestras naturalezas intrínsecamente electivas”*²⁵.

3 Una Teoría jurídica para un nuevo Constitucionalismo

En su obra *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Ollero realizaba una interesante reflexión sobre la mutua implicación de la voluntad política y del método jurídico: la interdependencia entre ambas instancias es una constante en la historia del pensamiento jurídico que no puede ser soslayada. Esa interdependencia, ciertamente, hace que el método científico no sea -no pueda ser- un método aséptico, sino que está indefectiblemente vinculado a valoraciones personales: la objetividad en las ciencias es sólo una pretensión inalcanzable²⁶. Esa íntima y profunda interpenetración entre método científico y voluntad política, subyacente a toda forma de normatividad, nos revela que a la Ciencia del Derecho le cumple en nuestros tiempo una tarea primordial, la de elaborar conceptos y categorías que permitan responder a la realidad que nos circunda: la de la complejidad creciente de los órdenes jurídicos, la diversificación de los instrumentos normativos, la descodificación²⁷, la quiebra del principio de

²³ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 114-115, 1999.

²⁴ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 114-115, 1999.

²⁵ LEWIS, N. *Choice and the Legal Order. Rising above Politics*, London: Butterworths, 202, 1996.

²⁶ OLLERO TASSARA, A. *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

²⁷ VAN DER KERCHOVE, M. y Ost, F. *Legal System. Between order and disorder*, Oxford: Oxford University Press, p. 76-77, 1994.

legalidad por la actuación discrecional e indiscriminada de las múltiples instancias administrativas, la limitación de la soberanía de los Estados y la cesión de competencias en el ámbito internacional, la *lex mercatoria*, las corporaciones transnacionales, el pluralismo jurídico, las instancias transnacionales de decisión...etc.²⁸. Y ello requiere abandonar viejas elaboraciones teóricas, dejar de pensar en el ordenamiento jurídico como un todo normativo autónomo, completo y jerárquicamente ordenado es, con toda seguridad, la tarea más apremiante que el jurista deberá abordar en los próximos años. Se trata, por tanto, de establecer las condiciones teóricas para que pueda emerger un nuevo paradigma constitucional, fiel a sus raíces, pero adaptado a las nuevas circunstancias, un constitucionalismo que requerirá voluntad política, pero que precisará de la aportación previa de la Ciencia y de la Teoría del Derecho para sentar las bases de aquello que Austin llamó una “jurisprudencia general”: una Teoría del Derecho universalista, de vocación cosmopolita, capaz de liberarse de los grilletes de arcanos y de dogmas, que pueda sentar las bases de un metaconstitucionalismo de signo pluralista²⁹ que, construido a partir de un metalenguaje, pueda actuar como centro de convergencia de las diferentes tradiciones jurídicas y constitucionales.

Partiendo desde estas premisas, el Derecho ha de contemplarse, primariamente, como un cauce –el más idóneo, sin duda- para la satisfacción de las necesidades humanas, de aquellas que se esgrimen con vigor en el ámbito político y sobre las que raramente se reflexiona desde la Teoría y la Ciencia del Derecho. En este sentido, la sobreabundancia normativa que excede los límites del poder legislativo y que trastoca severamente los principios constitutivos del orden jurídico y las garantías constitucionales más elementales constituye, sin duda, una de las cuestiones que han de afrontarse con premura. La aparición de un amplio conjunto de instrumentos normativos de rango medio que es casi constitucional transmite un grado no desdeñable de incertidumbre a la ciudadanía cuyas garantías se ven así menoscabadas drásticamente ante la dificultad de acceder al conocimiento del Derecho vigente: normas “menores” que condicionan o limitan el ejercicio de derechos o de facultades constitucionalmente consagrados y que, por vía indirecta, constituyen un cauce encubierto de desconstitucionalización de la propia Constitución.

Frente a ello, recuerda Lewis, es necesaria una Constitución capaz de insuflar nuevos ánimos a políticos y a instituciones en la búsqueda y en la maximización del potencial de elección para todos los individuos en el territorio de un Estado. Ese modelo constitucional requiere, sin duda, un esfuerzo denodado en su construcción y, en cuanto tal, precisa ser elaborada con una dosis considerable de habilidad. Se trata de diseñar, por tanto, un compromiso con la Constitución como sistema de valores que debe quedar definido en el texto constitucional como marco legal sobre el que descansa la adhesión y el reconocimiento³⁰. Se trata, en suma, de construir un modelo renovado de constitucionalismo.

El constitucionalismo aséptico y neutral del paleopositivismo es a estas alturas un modelo superado; pero es necesario dar un paso más: saltar desde la Constitución como horizonte político a la Constitución como paradigma de la Ciencia y de la Teoría del Derecho; es decir, se

²⁸ FARIA, 2000.

²⁹ WALKER, N. (2002): “The Idea of Constitutional Pluralism”, EUI Working Papers, Law v. 1, Florencia: European University Institute, 48; Häberle, P. (2002): Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, Madrid: Tecnos; De Julios- De Julios-Campuzano, A. (2003): La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 135 ss.; Gomes Canotilho, J.J. (2004): “Teoría de la Constitución, Globalización Internacional e Integración Europea” en Teoría de la Constitución, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 45-54)

³⁰ LEWIS, N. Choice and the Legal Order. Rising above Politics, London: Butterworths, 131 ss, 1996.

trata de impregnar a la Ciencia del Derecho de los fines y valores constitucionales, posibilitando que los instrumentos normativos queden efectivamente al servicio de las tan denostadas cláusulas “políticas” del texto constitucional. Se trata, por tanto, de impregnar al orden jurídico de los fines que el Estado persigue, cuya estructura institucional no ha sido ni puede ser aséptica. Y en este contexto, la interdependencia cobra plenitud de sentido, como modelo de articulación teleológica de fines constitucionales. La crisis del modelo westfaliano comporta también la crisis de un repertorio teleológico que ha permanecido velado: el “interés nacional”, la “razón de estado”, la “conquista territorial” quedan ahora definitivamente postergados por un nuevo horizonte valorativo. Los fines del Estado constitucional quedan definidos, entonces, en el ámbito interno, por los contenidos sociales, democráticos y ambientales y, en el ámbito externo, por la cooperación y la solidaridad: un nuevo *ethos* colectivo de carácter supranacional que reafirma la vocación universalista del constitucionalismo³¹.

La “rematerialización” de la Constitución desemboca de este modo en la “rematerialización” del ordenamiento, un ordenamiento cuya supervivencia queda condicionada a la superación de los viejos esquemas de validez ya definitivamente caducos. La nueva concepción de la Constitución como elemento vertebrador de un ordenamiento jurídico esencialmente abierto, poroso, permeable, policéntrico y plural recaba una nueva concepción de la Ciencia del Derecho, cuyo estatuto epistemológico, como ha recordado Ferrajoli, asume ahora una dimensión crítica y proyectiva en la medida en que se le confía la labor de denunciar las divergencias entre Constitución y legislación, en contraposición con el modelo explicativo que implantó la dogmática jurídica que dio soporte al Estado legislativo de Derecho³².

Ha llegado la hora de que el constitucionalismo contemporáneo supere la matriz estatalista que lastra la vigencia efectiva de sus postulados. En nuestros días, la congruencia material de un constitucionalismo liberado definitivamente de arquetipos pseudocientíficos hace emerger su propia vocación universalista. El constitucionalismo del mañana sólo será si rompe definitivamente la matriz caduca de una Ciencia jurídica estrechamente formalista y el confinamiento espacial de sus límites territoriales. La coherencia del ordenamiento constitucional remite a una Ciencia jurídica inequívocamente comprometida con los principios constitucionales, una Ciencia generalista capaz de trascender las fronteras del viejo estatalismo y articular mecanismos de cooperación capaces de vertebrar un eficaz sistema de garantías para la tutela de los derechos.

³¹ GOMES CANOTILHO, J.J. “Teoría de la Constitución, Globalización Internacional e Integración Europea” en Teoría de la Constitución, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 46, 2004.

³² FERRAJOLI, L. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, M. (ed.): Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 18-19, 2005.

Referências

- BAUMAN, Z. *Globalização. As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.
- CASTELLS, M. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. V. 2. El Poder de la Identidad*. Madrid: Alianza, 1998.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo*. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 2003
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. en Carbonell, M. (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRARESE, M^a. R. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- GOMES CANOTILHO, J.J. Teoría de la Constitución, Globalización Internacional e Integración Europea en *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 2004.
- GÓMEZ, J.M^a. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución*. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.
- IANNI, O. *A era do globalismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999a.
- _____. *A política mudou de lugar*. en DOWBOR, L., IANNI, O., y RESENDE, P.E.A. (eds.) *Desafios da globalização*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999b.
- LASH, S. y Urry, J. *The end of organized capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1987.
- LEWIS, N. *Choice and the Legal Order. Rising above Politics*. London: Butterworths, 1996.
- MARTIN, H.P. y Schumann, H. *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*. 3. ed., Madrid: Taurus, 2001.
- MERCADER UGUINA, J.R. *Sistema de fuentes y globalización*, Revista Española del Derecho del Trabajo. Madri, 119, p. 667-690, 2003.
- Ollero Tassara, A. *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid: Congreso de los Diputados. 1996.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Los Derechos humanos en la sociedad global*. en La tercera generación de Derechos humanos. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2006.

VAN DER KERCHOVE, M. y Ost, F. *Legal System. Between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WALLERSTEIN, I. *The Capitalist World-Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

_____ *Geopolitics and Geoculture*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

WALKER, N. *The Idea of Constitutional Pluralism*. EUI Working Papers, Law v. 1., Florencia: European University Institute, 2002.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO CONCEITO DISCURSIVO DE GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA

Janriê Rodrigues Reck¹

Este artigo tem por objetivo reconstruir os conceitos de gestão pública, política pública e Administração Pública a partir das categorias conceituais introduzidas pela matriz pragmática. A matriz pragmática, capitaneada por Jürgen Habermas, inaugura conceitos tais como de ação comunicativa e discursos de justificação e aplicação. Ela se coloca como herdeira da tradição da escola de Frankfurt, cujo eixo epistemológico girava em torno de descrições críticas da sociedade através de uma abordagem multidisciplinar. Habermas radicaliza esse viés ao agregar a viragem linguística² e o mote emancipatório.

Assim, a pergunta que move este trabalho é: no que as contribuições da matriz pragmática podem ajudar a reconstruir conceitos clássicos atinentes à gestão pública? A hipótese é que esses conceitos podem ser reconstruídos de modo mais complexo e crítico.

Objetiva-se, portanto, introduzir a aplicabilidade da matriz e, com isso, oferecer reflexões – mesmo que preliminares – que transcendam o estado atual da arte do Direito Administrativo. Todas essas reflexões são necessárias diante das questões teóricas que se impõem quando se pretende observar de modo reconstrutivo a gestão de políticas públicas na contemporaneidade. A abordagem reconstrutiva impõe ao mesmo tempo uma observação social crítica e uma tentativa de construção de um conhecimento voltado à emancipação humana. Assim, a gestão dos interesses públicos é reconstruída a partir de uma adjetivação de compartilhamento, ou seja, compartilha-se entre funcionários e população a criação e a seleção de decisões de formulação e execução de políticas públicas na Administração Pública.

1 Demandas Sociais

Habermas introduz a ideia de poder comunicativo como a capacidade de interação que certos atores têm na esfera pública³. A partir da ideia de poder comunicativo, certos atores sociais são capazes de demonstrar razões e, com isto, fazer com que seus argumentos sejam

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

² Isto é, a guinada levada a efeito na filosofia a partir do segundo Wittgenstein, na qual o centro de reflexões deixa de ser um ser idealizado para residir nas práticas linguísticas de uma comunidade que se comunica. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p.15: “A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais”.

³ Entendida como o espaço de formação das comunicações que carregam argumentos voltados à gestão dos interesses comunitários. Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.21.

ouvidos. Essa ideia de poder comunicativo também é a ponte para a explicação do conceito de demandas sociais. Ora, na esfera pública é possível perceber desejos e aspirações. Esse caráter difuso e espontâneo que a esfera pública tem é uma vantagem porque permite o livre fluxo de temas, mas prejudica sua cognoscibilidade. É preciso transformar esse livre fluxo de temas em proposições justificáveis, que tenham um conteúdo locucionário⁴ e ilocucionário⁵ claro. É preciso materializar essas opiniões em proposições defensáveis. Precisamente aí reside o poder comunicativo e, neste caso, poder comunicativo é sinonímia de demandas sociais. Apenas depois que os participantes entendem-se acerca de seus desejos é que se forma uma demanda social. Uma demanda social só se forma, pois, quando estão presentes as condições para uma comunicação. Nesse sentido, além de intelegibilidade, correção, verdade e sinceridade, é necessário que esta demanda social aponte para um destinatário: a comunicação vai se aperfeiçoar apenas quando houver quem a ouça. Desse modo, daí porque a Gestão Pública Compartida ser um lócus especial de seleção de demandas sociais; afinal, ali existirá um procedimento regido pelo princípio do discurso que leva a sério a necessidade de as demandas sociais serem ouvidas. E, também nesta perspectiva, as Organizações da Sociedade Civil são espaços privilegiados de formação de demandas sociais. Afinal, dentro destas organizações vigem espaços de comunicação abertos, mas que estão direcionados à própria especialização temática da organização, de modo que a comunicação difusa da esfera pública vai ser transformada em uma demanda social, a qual será carregada, em nome de um sem-número de participantes, por uma organização que aparece como uma diante da Administração. Desse modo, conceitua-se demanda social como uma comunicação – comunicação essa que tem a pretensão de ser transformada em política pública, e que é levada à avaliação na esfera pública para ser processualizada⁶ nos canais de decisão participativa.

2 Políticas Públicas

Uma outra pergunta que uma teoria da Gestão Pública Compartida tem de responder é a que envolve políticas públicas. Uma primeira hipótese é a de que políticas públicas é todo e qualquer engajamento comunicativo que segue às demandas sociais. Essa hipótese enfrenta o problema de ter que resolver problemas de como uma mera modificação no Código Civil, por exemplo, ser chamada de política pública. Isto vai contra a noção socialmente partilhada de política pública. Desse modo, toda política pública vai passar pelo Direito, mas nem todo Direito é política pública. Para a perspectiva jurídica, portanto, política pública é um conjunto de leis e atos administrativos. Não é por essa via que a resposta será achada.

A política pública, por estar ligada ao Direito, também, nas condições contemporâneas, vai estar conectada aos procedimentos autorizados de Direito e, assim, às Organizações Governamentais. Poder-se-ia invocar um critério político, ou seja, política pública é um modo de a sociedade agir sobre ela mesma⁷. Mas isso é vago demais porque, além do Direito como um

⁴ Significa o campo da denotação, isto é, da informação que a comunicação carrega.

⁵ Significa os compromissos para ação que um falante assume perante um ouvinte. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999. p.378: “Cuento, pues, como acción comunicativa aquellas interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionários y sólo fines ilocucionarios [grifos do autor]”.

⁶ Em processos de decisão onde os cidadãos possam “participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.53.

⁷ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.

todo servir para isso, existem outras maneiras não especializadas de a sociedade influir sobre ela mesma, como a arte, a educação, etc.

Parece que novamente a resposta terá de ser buscada na pragmática do discurso. Dizer que uma política pública é um discurso organizado e coerente também é dizer nada, pois, além da dificuldade de ser necessário dizer por que é organizado e coerente, outros discursos também o são. Isso, todavia, pode ser traduzido de maneira não metafísica⁸. Que uma política pública sucede uma demanda social, não há dúvidas, e esse é um dado a ser levado em conta. Que uma política pública necessita de engajamentos na ação para materializar-se também é verdade; mas todo o Direito precisa. A diferença é que as políticas públicas necessitam de engajamentos em nível de poder administrativo, e essa é uma pista a ser seguida. Dizer que as políticas públicas estabelecem programas que se protraem no tempo é correto, mas também uma série de outros fenômenos também fazem isso, como os princípios.

Que exista tentativa de mudança consciente da sociedade, também todo o resto do ordenamento busca fazê-lo. Que nas políticas públicas predomina argumentos pragmáticos, isso ocorre em toda a Administração Pública.

O que vai realmente diferenciar a política pública de todos os outros fenômenos é, além da confluência dos dados acima, a possibilidade de identificação de um discurso que se autorreferencia enquanto fim e enquanto meio. Isso é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso traz dentro de si uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, isto é, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados.

Estar-se-á, portanto, diante de uma política pública quando existe: a) um discurso que segue às demandas sociais; b) Direito como meio de organização dos engajamentos para ação; c) ligação com as Organizações Governamentais; d) influência da sociedade por ela mesma ou parte dela; e) tentativa de modificação consciente da sociedade; f) programas que se protraem no tempo; g) uso do poder administrativo; h) predominância e discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos; i) coerência narrativa interna que possibilita a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo.

3 Administração Pública

Resta examinar melhor esta ideia de “poder administrativo” como “Administração Pública”. De fato, dada as condições pós-metafísicas, não é possível aqui a definição *a priori* ou substancial do que vem a ser Administração Pública como os administrativistas usualmente tentam, invocando os atos de gestão, pessoas jurídicas da Administração Pública, serviços ou interesse público.

Em um Estado Democrático de Direito⁹ tem de existir uma linha contínua de locução e ilocução desde a esfera pública, passando pela formação de um poder comunicativo, pelo

⁸ Isto é, sem recorrer a uma essência. Ver, para tanto, APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Loyola, 2000. Também em OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

⁹ Ver LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

procedimento e finalmente pelo poder administrativo¹⁰. Todas as intuições, de todas as matrizes, confluem, com razão, para uma ideia de Administração Pública como instância de aplicação do já decidido, muito embora essas questões sejam configuradas de maneira confusa ou vaga. É preciso, enfim, dizer o que de especial existe nesta última linha argumentativa na cadeia, além do próprio fato de ela ser o último elo.

Habermas vai dizer, como visto, que é o predomínio de argumentos pragmáticos que faz o poder administrativo ser poder administrativo. A palavra predomínio aqui não é fortuita. Mesmo em condições liberais, a vagueza das normas demandam decisões que abrangem uma mistura de discursos de justificação e aplicação com pragmáticos. O termo “pragmático” também assume em Habermas dois significados neste contexto. Antes da deliberação, são aqueles argumentos relacionados aos acordos de autointeresse levados a cabo pelos participantes. Depois, significam a escolha das melhores maneiras de se alcançar os fins postos. Tudo isso é palavrório inútil se não for possível provar porque o discurso pragmático é dominante nesta seara.

Será poder administrativo tudo aquilo que suceder ao discurso de uma instância autorizada. De fato, na prática cotidiana dos Estados Democráticos de Direito, sempre que se requer um ato posterior para o cumprimento da lei, estar-se-á falando em Administração Pública. Já existe disponível, portanto, dois dados: o poder administrativo é uma comunicação que assume um tom predominantemente pragmático (muito embora, como dito, não exclua outros tons), isto é, de melhores técnicas para o alcance dos fins postos, cuja localização na linha do tempo dos engajamentos comunicativos encontra-se depois dos procedimentos de tomada de decisão em termos de justificação e aplicação¹¹. A resposta para o que é Administração Pública é muito simples: será Administração Pública tudo o que lidar com tais comunicações. Isso responderia o problema dos poderes que não o Executivo que gerem políticas públicas, bem como o de outras entidades associadas que prestam serviços públicos, como, por exemplo, as concessionárias de serviços públicos e demais serviços delegados. Essa é uma boa resposta, e parece ser a melhor, desde que se responda a pergunta de por que o discurso pragmático é predominante, mesmo diante dos problemas de materialização dos discursos de justificação e aplicação – algo que Habermas não respondeu.

É possível levantar várias razões para responder por Habermas, as quais, em confluindo, podem formar a convicção necessária do afirmado:

1) o poder administrativo tem obstruído os canais de crítica das pretensões de validade das decisões anteriores, vez que são essas próprias decisões a razão de sua existência (a não ser quando contraste com uma decisão mais importante, v.g., uma lei inconstitucional);

2) um teste empírico poderá comprovar que, no mais das vezes, os atos de fala são cognitivo-instrumentais, i.e., raramente indagações de interesse universal ou comunitário são refletivas, pois se pressupõe que isso já fora feito. Mas mais importante que isso, uma execução de políticas públicas dá-se pela indagação de melhores técnicas para o alcance dos fins;

¹⁰ Este é precisamente o conceito de democracia deliberativa habermasiano. Em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

¹¹ Ambos os discursos se completam, e servem para a formação de consensos intersubjetivos através de argumentos. Nos discursos de justificação, tratam-se de argumentos que levam ao interesse dos participantes em processos de participação inclusivos. Nos discursos de aplicação, o cotejo mais complexo possível dos fatos e das normas aplicáveis. Ver GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

- 3) o mundo da vida¹², neste tipo de argumentação, é objetivado, i.e., questões normativas são tratadas a partir de um câmbio modal para técnico-cognitivas;
- 4) o poder administrativo goza de uma presunção de veracidade cuja fonte é um outro discurso, e não a própria decisão advinda do processo. Por exemplo, presume-se racional a lei porque advinda de um procedimento legislativo. Ao contrário, presume-se legítimo um ato administrativo porque a lei conferiu àquele ato e à Administração como um todo credibilidade. Nesse sentido, existe uma satisfação artificial dos pressupostos dos atos de fala, coisa que só existe neste tipo de discurso;
- 5) pelo motivo anterior, o poder administrativo é uma comunicação que vincula a ilocução de maneira obrigatória, propriedade que só as decisões tomadas em procedimentos reconhecidos e aceitos possuem;
- 6) a intuição, comum nos manuais de Direito Administrativo, de indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse traduzem-se, nesta linguagem, de maneira mais precisa como a impossibilidade de um autointeresse nas decisões tomadas em sede de poder administrativo. Essa constatação, todavia, é comum aos outros discursos;
- 7) tradicionalmente, como se trata de um contínuo comunicativo, não se exige aplicação do princípio do discurso em sua inteireza à situação, à exceção da publicidade, da motivação, etc.

A confluência dessas razões permite o convencimento do caráter predominantemente pragmático do poder administrativo, mesmo que exista necessidade de justificações e aplicações. O discurso do poder administrativo e o discurso do “poder compartilhado” serão analisados com mais detalhes adiante.

Finalmente, tem-se, então, completo, o conceito de Administração Pública. Administração Pública será toda a atividade que tiver de lidar com engajamentos comunicativos que venham após outras decisões em instâncias autorizadas de Organizações Governamentais, e que tenham predominância de uma argumentação pragmática.

4 Gestão Pública Compartida e discursos

A Gestão Pública Compartida, já foi possível notar, caracteriza-se pela associação do poder administrativo à exigência de novas justificações e aplicações. O caráter eminentemente pragmático da Administração Pública, como instrumento de materialização de demandas pós-seleção primária é, na Gestão Pública Compartida, relativizado para o levantamento de novas justificações. Na Gestão Pública Compartida podem ser reexaminados novamente os argumentos pragmáticos no sentido do autointeresse dos membros, éticos de bem-viver na comunidade e morais regidos pelo princípio da universalização¹³. É possível, também, trabalhar com discursos constatativos (uma dada comissão de biossegurança que verifica o não oferecimento de perigo ao meio ambiente por uma nova espécie vegetal, ou o Conselho Nacional

¹² Ver, para o conceito de mundo da vida, HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y Estudios Prévios*. Madrid: Catedra, 1994.

¹³ Aqui se trata dos três tipos de argumentos levantados em processos de formação da vontade no Direito. Ver em HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

de Educação verificando as condições materiais para a instalação de um novo curso universitário), discursos normativos (estabelecimento do destino do orçamento público, criação de diretrizes para a exploração da água) e expressivos (mais raros).

Uma possibilidade tipológica argumentativa é o da predominância de engajamentos comunicativos em relação ao nível argumentativo em sede de discursos normativos. Conselhos de Políticas públicas que elaboram diretrizes mais gerais, ou mesmo o Gestão Participativa do Orçamento, em geral procedem a discursos de justificação, onde a tematização é muito livre, estando geralmente livres para trabalhar argumentos ou vinculados à comunicações vagas, como a Constituição e as leis gerais. Mas também pode existir gestão compartilhada onde os discursos são predominantemente de justificação, como no caso dos Comitês de Ética, os quais procedem a uma aplicação das normas gerais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Saúde.

De outra banda, os discursos presentes na Gestão Pública Compartida podem ser predominantemente pragmáticos (como no caso dos conselhos de merenda escolar, onde o questionamento é o que é melhor e mais barato), predominantemente morais (como nos Comitês de Ética, pois se busca o universalmente correto) ou predominantemente éticos (Gestão Participativa no Orçamento, pois a decisão estará referida ao que é melhor para aquela comunidade).

Por outro lado, os atos de fala presentes dos discursos podem ser predominantemente constataivos, onde, por exemplo, são verificadas a ocorrência de certos dados fáticos (como, por exemplo, no Conselho Nacional de Educação com relação ao preenchimento dos pressupostos para constituição de cursos universitários), bem como regulativos (a maior parte dos conselhos), bem como, finalmente, expressivos, onde os discursos predominantemente seriam de autoapresentação¹⁴. Não existem exemplos desse último caso. Por óbvio, a maior parte desses espaços compreende um agregado dos vários tipos de discursos.

As questões a serem respondidas por uma lógica do discurso em sede de Gestão Pública Compartida são as seguintes: o que é uma questão meramente pragmática? Essa questão é importantíssima porque marca dois momentos, quais sejam, o de quando é necessário que exista um espaço de Gestão Pública Compartida – i.e, quando não é mais suficiente um argumento meramente pragmático. Exemplos claramente pragmáticos, úteis porque não geram polémica: contratação de profissionais, compra de materiais didáticos, cobrança de tarifas, etc. Tudo isso pode ser feito por um quadro de funcionários profissionais nos moldes weberianos, vez que não é cabível que uma universidade, por exemplo, consulte o Conselho Universitário toda vez que necessitar cobrar a mensalidade de um aluno. Isto não é possível. Note-se, todavia, que esses discursos pragmáticos vinculam-se comunicativamente às deliberações anteriores, de modo que existe um contínuo entre o argumento pragmático e a Gestão Pública Compartida. No exemplo, quem, como, e que valor será cobrado.

O desafio é dizer, então, em moldes teóricos da teoria da ação comunicativa, quando um argumento é meramente pragmático no sentido do exemplo, isto é, quando o ato de fala está direcionado à consecução de ação de tal maneira que não é mais necessária uma deliberação. A intuição orientadora da resposta é simples: quando os atos de fala são tão precisos a ponto de não precisarem de maiores locuções e ilocuções. Essa é a ligação que leva à resposta, mas ela exige que se diga como se identifica quando isso acontece em termos teóricos.

Conclui-se, desse modo, que nos dois casos, os atos de fala que geram a ação estão conectados com decisões anteriores; são, deste modo, também ilocuções desses. Quando a ilocução do ato anterior exige um novo procedimento para sua completa materialização, estar-se-

¹⁴ Para o esclarecimento destes conceitos, ver HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, I. Madrid: Taurus, 1999.

á diante da necessidade de uma nova situação de fala regida pelo princípio do discurso e, portanto, aí é necessária a Gestão Pública Compartida, isto é, a participação da comunidade. Quando não é necessário um novo procedimento, está-se diante dos atos de fala materializadores das decisões advindas dos procedimentos, e aí já não é mais necessária uma deliberação.

Assim, a participação comunitária faz jus às pretensões de emancipação¹⁵ presentes na matriz pragmática de observação do Direito.

Referências

APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Loyola, 2000.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y Estudios Prévios*. Madrid: Catedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

¹⁵ Sobre o conceito de emancipação, ver HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Ana María Chocrón Giráldez¹

1

Como es sabido bajo la denominación “Derechos Humanos” se engloban facetas muy diversas (civiles, culturales, políticas, sociales) que se reconocen a toda persona por el simple hecho de serlo. Su trascendencia deriva de su intrínseca vinculación con la dignidad, la justicia y la libertad de las personas, valores supremos fundamentales que presiden el objetivo común de la comunidad internacional. Por esa razón, la protección y el desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales constituyen el fundamento de la democracia y de todo Estado de Derecho. Esta es la idea que preside la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, en la que se declara:

1 Que la protección y la promoción efectivas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales constituyen el fundamento de la democracia y del Estado de Derecho en la Unión Europea

2 Que la promoción de la democracia y del Estado de Derecho va acompañada del respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

3 La adhesión de la Unión Europea al CEDH proporcionará un mecanismo adicional para reforzar los derechos humanos, a saber, la posibilidad de presentar una denuncia ante el TEDH en relación con una violación de los derechos humanos derivada de una acción de una institución de la Unión Europea o de un Estado miembro en el marco de la aplicación de la legislación de la Unión Europea y que se inscriba en el marco de las competencias del CEDH.

Como puede comprobarse fácilmente, la promoción, el refuerzo, y por lo que ahora nos ocupa, la protección de los Derechos Humanos constituye objetivo común de los Estados que integran la Unión Europea. A pesar de ello es innegable que la violación de Derechos es un tema de preocupación constante y actual, no sólo porque su reconocimiento y desarrollo resultan infructuosos en países de regímenes políticos autoritarios, sino también por el escenario internacional plagado de conflictos bélicos en los que la violación de Derechos fundamentales aparece de ordinario como telón de fondo.

Desde esa perspectiva se explica que los distintos Textos Internacionales que de una u otra forma se ocupan de los Derechos Humanos integren en su articulado un conjunto de garantías procesales como instrumentos destinados a tutelar estos Derechos. A saber:

- Garantías judiciales: Artículos 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

¹ Universidad de Sevilla.

- Derecho a un proceso equitativo: Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)
- Garantías judiciales: Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Garantías judiciales: Artículo 8 del Pacto de San José

Sin perjuicio de efectuar un comentario breve pero específico de cada una de las garantías procesales, creemos conveniente subrayar un denominador común que la lectura siquiera somera a los artículos antes citados, nos ofrece. En concreto nos referimos a la regulación -en todos y cada uno de estos documentos internacionales-, de un cauce destinado a amparar a los ciudadanos frente a cualquier vulneración de los Derechos Humanos. Ese cauce se articula a través del derecho al proceso debido en el que pueda ejercerse con plenitud la defensa por uno mismo o con asistencia de un defensor, y en el que se presuma la inocencia mientras no quede desvirtuada conforme a ley.

2

Siguiendo la sistemática utilizada por el ordenamiento jurídico español y concretamente desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE), se enumeran a continuación los derechos y garantías de incidencia procesal y su interpretación por el Tribunal Constitucional (TC).

A) Derecho de acceso a la jurisdicción

Constituye un elemento esencial de la tutela judicial efectiva en cuanto incita la actividad conducente a la adopción por parte del órgano judicial de una decisión fundada en derecho sobre la pretensión a él sometida. Se trata, en suma, de promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión del Juez (STC 111/2000, de 5 de mayo). Con ese propósito la jurisprudencia constitucional transcurre entre la aceptación del formalismo exigido por la necesidad de dotar al proceso de las debidas garantías y la interdicción de requisitos formales que dificulten o imposibiliten el derecho de acceso a la jurisdicción y que, en consecuencia, contraríen el artículo 24.1 CE.

B) Derecho de defensa y asistencia letrada

Con una más que evidente implicación en el terreno del proceso penal, el derecho de defensa ha sido definido como un "derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano"². Pero la articulación de su concreto régimen jurídico se efectúa tomando en consideración diversas vertientes que se convierten en manifestaciones instrumentales del derecho de defensa; nos referimos al derecho a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba pertinentes,

² GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.

a no declarar contra sí mismo o al derecho a no confesarse culpable. Específica aplicación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para contradecirla y controlar su correcta práctica (SSTC 122/1995, de 18 de julio y 76/1999, de 26 de abril). En síntesis, este derecho procura asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE.

C) Derecho a un proceso público

El derecho fundamental a un proceso público se concibe como una garantía que otorga legitimidad constitucional a la administración de justicia. Y en esa línea se contempla desde una doble perspectiva: como control público de la justicia y como mecanismo destinado a fortalecer la confianza de los ciudadanos en los tribunales. En general la publicidad procesal viene consagrada en el artículo 120 al disponer que "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento" (art. 120.1) y que "las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública" (art. 120.3). Su plasmación en el artículo 24.2 CE lo eleva, definitivamente, a la categoría de derecho fundamental. En realidad su contenido se centra en la publicidad externa del proceso para el logro de los fines antes reseñados si bien es sabido que puede ser sometido a limitación como sucede con el secreto del sumario en el proceso penal³.

D) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

Se trata de un derecho fundamental de configuración legal inseparable del derecho de defensa que exige que las pruebas pertinentes propuestas en tiempo y forma sean admitidas y practicadas sin obstáculos (SSTC 30/1986, de 20 de febrero; 97/1995, de 20 de junio; 181/1999, de 11 de octubre; 104/2003, de 2 de junio). Tomando en cuenta esa declaración y siguiendo la jurisprudencia del TC, puede añadirse que la vulneración de este derecho se sustenta también en otras consideraciones: 1) es condición inexcusable para apreciar una pretendida lesión que la práctica de la prueba de que se trate haya sido solicitada en el tiempo y la forma legalmente establecida por las leyes de enjuiciamiento de suerte tal que su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal. 2) La prueba propuesta debe ser objetivamente idónea para la acreditación de los hechos relevantes, y 3) la prueba ha de resultar decisiva en términos de defensa, es decir, que tenga relevancia o virtualidad exculpatoria lo que ha de ser justificado por el recurrente o evidenciarse de los hechos y peticiones de la demanda.

³ Al respecto pueden citarse las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983 (asunto Pretto y Axen) y de 26 de junio de 1984 (asunto Campbell y Fell).

E) Derecho a la presunción de inocencia

Constituye un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal⁴, pero ante todo es un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los tribunales penales, pueda ser considerada de cargo⁵. Y, como regla general, la única prueba que puede "desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación" (STC 25/2003, de 10 de febrero). El seguimiento del derecho de presunción de inocencia por parte del TC contempla una serie de exigencias que sintéticamente se exponen: 1) la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora que ha de probar en juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 70/1985, 303/1993, por todas); 2) la prueba ha de practicarse en el juicio oral y bajo supervisión del tribunal sentenciador (STC 37/1988); la actividad jurisdiccional probatoria no puede vulnerar las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, esto es, el tribunal no puede fundar su sentencia en la prueba prohibida (STC 150/1987) lo que a su vez hay que poner en relación con la obtención lícita de las pruebas, y finalmente, el tribunal está obligado a razonar la prueba, explicitar la declaración de hechos probados de su resolución, es decir, manifestar el iter seguido para formar su convicción cumpliendo de ese modo el mandato del artículo 120.3 CE.

F) Derecho de acceso a los recursos

El sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Con esa advertencia y situados, pues, en la vertiente de acceso a los recursos se aborda a continuación las líneas básicas de la doctrina constitucional sobre este punto.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva no supone para el legislador la obligación de establecer necesariamente el recurso, ahora bien, si el legislador opta por establecer un sistema de recursos lo que resulta relevante desde el punto de vista constitucional es el derecho a hacer uso de ese sistema por lo que no podrá regular el recurso en contra de los principios constitucionales (infringiendo el principio de igualdad por ejemplo al concederlo a una parte y negarlo a la otra), ni establecer presupuestos de admisibilidad que supongan un obstáculo para la eficacia de ese derecho constitucional. Por consiguiente, el derecho al recurso se corresponde con una opción del legislador no exigida en sentido estricto por el artículo 24 CE, en otras

⁴ En un clásico postulado de la jurisprudencia constitucional la presunción de inocencia se asienta sobre el principio de que "nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado" STC 54/1985, de 18 de abril. Asimismo resulta de ineludible alusión el tratamiento monográfico del derecho citado en VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984.

⁵ En efecto el TC desde sus primeros pronunciamientos (STC 31/1981, de 28 de julio) lo concibe como un derecho fundamental y no mero principio informador de la actividad judicial, que vincula la labor de los poderes públicos y resulta de aplicación inmediata y objeto de recurso de amparo en el que el Alto Tribunal podrá estimar si dicha presunción iuris tantum ha sido desvirtuada, dejando a salvo siempre la libre apreciación probatoria del juzgador.

palabras, no existe un derecho constitucional a la doble instancia⁶, a salvo siempre la singularidad del proceso penal.

Consideración particular merece la temática del acceso al recurso en el *proceso penal* en cuya órbita hay que situar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por nuestro país. En concreto interesa a nuestros fines el artículo 14.5 en el que se dispone que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley". Esta declaración supone que el derecho al recurso en materia penal forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva aunque también ha llevado al TC a afirmar que en aplicación de esa norma no es dable instituir "recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en el artículo 24.2, se encuentra la de acceso ante un tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho Procesal de nuestro ordenamiento" (SSTC 140/1985, de 21 de octubre; 30/1986, de 20 de febrero; 58/1987, de 19 de mayo).

Abundando en ese tema, MONTERO AROCA señala que la interpretación del citado artículo 14.5 del Pacto no debe llevar a entender que sea necesario que el legislador regule una verdadera segunda instancia en el proceso penal, pese a que desde la doctrina procesalista e incluso por el TC se aluda a la "segunda instancia". En su opinión, no se utiliza esta expresión con rigor técnico jurídico sino que se está refiriendo a la apelación limitada por lo que los términos del debate deben reconducirse a la alternativa apelación limitada o casación, entendiéndose que el artículo 14.5 no está eligiendo sino que deja a la discrecionalidad del legislador la modalidad del recurso en virtud del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del tribunal. A esos efectos sostiene MONTERO que el recurso de casación en la legislación procesal penal cubre las exigencias del Pacto⁷.

Sin embargo no puede desconocerse que la recepción del mandato del artículo 14.5 del Pacto de 1966 en nuestro ordenamiento penal no ha sido pacífica centrándose la polémica, en esencia, en el cumplimiento del doble enjuiciamiento penal al que alude la norma de referencia dado que si bien se defiende la relevancia en nuestro ordenamiento procesal penal de la casación como medio que permite al justiciable someter el fallo en que resulte condenado al tribunal superior (STC 20/1989, de 31 de enero; 37/1988, de 3 de marzo⁸), también se apunta (CORTÉS DOMÍNGUEZ) que la apelación debe ser el medio de impugnación normal para atacar cualquier sentencia que se dicte en un juicio penal y la casación reducirse a supuestos excepcionales⁹, como reacción a un sistema que sólo contempla casación para los delitos competencia de la Audiencia Provincial (art. 847 LECr) y sin embargo admite apelación contra las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado (art. 795 LECr), en los juicios de faltas (art. 976 LECr) o en los juicios rápidos (art. 803 LECr). Además, el Comité de Derechos Humanos con ocasión de un dictamen a tenor del párrafo cuarto del artículo 5 del Protocolo Facultativo del ya

⁶ Como ha proclamado desde sus primeros pronunciamientos el TC el derecho a la tutela judicial efectiva "no comprende el de obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de la doble instancia", STC 19/1983, de 14 de marzo.

⁷ MONTERO AROCA. *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*. Granada: Comares, 1996.

⁸ Esta última sentencia con voto particular del magistrado VEGA VENEYAS en el que disiente de esta orientación jurisprudencial al entender que no es la casación el recurso más idóneo para esos fines pues "lo más adecuado sería establecer la apelación para todos los procesos penales"

⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*, con MORENO CATENA y GIMENO SENDRA, Madrid, 1999, pág. 707. Y en esa línea se adscriben también SSTC 79/1987, de 27 de mayo; 50/1990, de 26 de marzo y 160/1993, de 17 de mayo.

citado Pacto Internacional, ha tenido oportunidad de tomar postura al respecto señalando que, en efecto, no se desprende del artículo 14.5 la exigencia de un determinado tipo de recurso, esto es, no tiene por qué instituirse obligatoriamente apelación¹⁰.

Pero más allá de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, sostiene que lo verdaderamente relevante es la efectividad del recurso y en ese orden concluye la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisadas íntegramente con los mismos elementos y bajo las mismas circunstancias y no limitada a los aspectos formales o legales de la sentencia.

2 De acuerdo con lo expuesto anteriormente, salvo en materia penal, el derecho a los recursos no se integra en la tutela judicial efectiva. No obstante, insistiendo en lo que ya se ha indicado, si el legislador ha establecido un sistema de recursos, el artículo 24.1 CE sí garantiza al particular el derecho a utilizarlos para la defensa de sus intereses (STC 4/1984, de 23 de enero; 36/1986, de 12 de marzo y más reciente 222/2000, de 18 de septiembre) pero, de la misma forma, no es contrario a ese derecho que el legislador sujete su cumplimiento a determinados requisitos y formalidades y, correlativamente, que se inadmita el recurso si no se cumplieren en tiempo y forma.

Partiendo pues de la aceptación que las decisiones judiciales de inadmisión de recursos se ajustan al artículo 24.1 CE (SSTC 111/2000, de 5 de mayo; 7/2001, de 15 de enero; 230/2001, de 26 de noviembre), el TC elabora una línea de jurisprudencia que se trata a continuación de sintetizar.

Por de pronto se establece que el control de constitucionalidad de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad del recurso ha de ceñirse a los casos de patente error, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad. Dicho de otra forma, y en palabras del propio Tribunal, "el control del TC en materia de inadmisión de recursos se circunscribe a comprobar si la interpretación o aplicación judicial de la legalidad procesal resulta arbitraria, inmotivada, fruto de un error patente con relevancia constitucional o si dicha interpretación es rigorista y evidencia una manifiesta desproporción entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han generado para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" (SSTC 101/1997 de 20 de mayo; 168/1998, de 21 de julio; 122/1999, de 28 de junio; 43/2000, de 14 de febrero, entre otras muchas). Del análisis que el TC efectúa del derecho que se comenta interesa destacar dos extremos. Así, en primer lugar, la independencia proclamada por la Constitución de jueces y tribunales ordinarios en su potestad de juzgar impide que el TC intervenga en la interpretación y aplicación que de la legalidad ordinaria realicen aquéllos. Esta libertad judicial encuentra, sin embargo, su límite en el artículo 24.1 CE que se consideraría vulnerado ante una decisión de inadmisión que incurra en error patente o notorio, que fuese arbitraria o ilógica. Sobre este punto, la doctrina constitucional elaborada en torno al "error patente" arroja estas exigencias: "se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (...). Es necesario que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a negligencia de la parte (...). En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia" (STC 171/2001, de 19 de julio).

En segundo lugar, el TC sostiene que no toda irregularidad formal tiene entidad suficiente como para convertirse en obstáculo insalvable que impida la admisión del recurso (STC 29/1985,

¹⁰ Comité de Derechos Humanos 69º período de sesiones. Decisión de 20 de julio de 2000.

de 28 de febrero). Por eso la decisión de inadmisión sólo podrá ser constitucionalmente válida si se ampara fundadamente en una causa legal y guarda la debida proporción entre el defecto y su consecuencia en atención a las circunstancias que rodean el caso concreto como pudiera ser la diligencia de la parte o la importancia del requisito o formalidad incumplida.

G) La prohibición de indefensión

El artículo 24.1 CE incluye en su contenido la prohibición de indefensión que pasa a entablar una estrecha relación con la tutela judicial efectiva. Esto ha llevado al TC a formular en ocasiones un concepto amplio de indefensión que engloba la totalidad del artículo 24¹¹, lo que no ha impedido sin embargo, ofrecer unas pautas orientativas del concepto de indefensión deslindado de la tutela efectiva. A este respecto se señala: 1) las situaciones de indefensión deben ser valoradas caso por caso según el desarrollo de cada proceso (STC 145/1986, de 24 de noviembre); 2) la indefensión no surge de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales pues el quebrantamiento de esa legalidad no provoca en todos los casos la indefensión prohibida por la Constitución (STC 102/1987, de 17 de julio); 3) la indefensión se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleve consigo la privación del derecho de defensa no imputable ni consentida por el interesado (STC 155/1988, de 22 de julio).

Con lo expuesto puede ya avanzarse que la indefensión relevante a efectos jurídicos constitucionales se produce "cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o cuando se le crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antedichas" (STC 70/1984, de 11 de junio). La indefensión aparece así claramente conectada con el derecho de defensa y en esa línea, el derecho del artículo 24.1 CE resulta comprensivo no sólo del derecho de acción sino también del derecho a la defensa¹² y en íntima conexión con él el principio de contradicción que también aparece integrado en el último inciso del precepto constitucional citado de modo que debe concederse a los litigantes la posibilidad en plano de igualdad de alegar y probar cuanto estimaren pertinente para el logro de sus pretensiones (STC 237/1988, de 13 de diciembre).

¹¹ CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial efectiva*, Barcelona. 1994.

¹² Como pone de manifiesto ALMAGRO NOSETE, *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, págs. 126 y 127, "acción y excepción son dos conceptos paralelos (...). Así se ha equiparado la excepción con el derecho de defensa en juicio, señalándose cómo ésta tiene, también, un carácter cívico, ya que representa la instrumentalización técnica de aquella garantía y de la del debido proceso".

OS DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA REGULADOR DAS BIOTECNOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS

Salete Oro Boff¹

1 Considerações iniciais

Os avanços da ciência e da (bio) tecnologia são protegidos pelo direito de propriedade intelectual, previsto na legislação de cada país, a partir de Tratados e Convenções Internacionais. É importante garantir a proteção dos direitos dos inventores e descobridores, para retribuir e incentivar novos investimentos em pesquisa e desenvolvimento e, por outro lado, os avanços biotecnológicos têm como desafio os limites e as fronteiras dos direitos humanos e se justificam na medida em que resultarem na melhoria da qualidade de vida das pessoas.

2 A (r) evolução biotecnológica e a proteção jurídica das inovações

A era do conhecimento tem nas inovações científicas e tecnológicas a mola propulsora do desenvolvimento e a proteção jurídica e a gestão do conhecimento constituem-se em instrumentos que garantem a capacidade competitiva dos países. Os meios de garantir a proteção dos direitos dos criadores são escolhidos de acordo com a natureza e o tipo de (bio) tecnologia envolvida, entre patentes, modelo de utilidade, desenho industrial, cultivares, direitos autorais e conexos, marcas, programas de computador, proteção de dados, circuitos integrados ou combinações destes.

Relativamente às inovações na área da biotecnologia, verifica-se o progresso acelerado nas últimas três décadas e, com ela, desafios e oportunidades se apresentaram. Os resultados da implementação da biotecnologia repercutem diretamente na economia e garantem a competitividade internacional, como no setor da alimentação, através do desenvolvimento de sistema de diagnóstico e bioconservação de produtos, fermentação, enzimas e leveduras híbridas. Particularmente, na medicina a biotecnologia está revolucionando os métodos terapêuticos de tratamento das enfermidades. Alguns produtos desenvolvidos, como a insulina humana, representaram o marco de uma nova geração de produtos naturais e artificiais.

Pode-se entender biotecnologia como um conjunto de processos biológicos, que “permitem controlar, alterar e transferir a informação genética de sistemas vivos com fins utilitários”.² A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI - define a biotecnologia como técnica que “usa os organismos vivos (ou parte dos organismos) para fabricar ou modificar

¹ Phd em Direito/UFSC. Doutora em Direito/UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social. Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social – Subgrupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia. Professora e Pesquisadora da IMED – Faculdade Meridional. Projeto de pesquisa “A proteção jurídica da ciência e tecnologia”. Professora do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA.

² FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

produtos, para aperfeiçoar plantas e animais ou ainda para desenvolver micro-organismos para usos específicos.” Trata-se, portanto, da reunião de diversas disciplinas que intercambiam conhecimentos, levam a um conjunto de inovações tecnológicas com o emprego de agentes biológicos e de micro-organismos. Engloba as técnicas tradicionais, amplamente conhecidas (fermentação de alimentos), até as novas técnicas de DNA recombinante.

O marco do surgimento da biotecnologia está na Antiguidade, há cerca de dez mil anos. Naquele período, a biotecnologia se referia a práticas empíricas de seleção de plantas e animais e seus cruzamentos, incluindo a fermentação. Um segundo momento é marcado pela identificação de Pasteur, dos micro-organismos como causa da fermentação, seguindo-se os descobrimentos da capacidade das enzimas, extraídas das leveduras de se converter em açúcares e álcool.³ Na fase posterior do desenvolvimento da biotecnologia destaca-se o descobrimento da penicilina (1928) e a aplicação de variedades híbridas incrementando a produção de cereais. E, por fim, pode-se referir à fase que tem início com o descobrimento da estrutura do ácido desoxiribonucleico – DNA, por Crick e Watson, em 1953.

A partir desse processo biotecnológico inovador, com a descoberta de formas de “localizar e identificar cromossomos e genes”⁴, ampliam-se as pesquisas na área, contando com grandes investimentos. A nova tecnologia vai possibilitar a combinação do material genético “além das fronteiras naturais reduzindo a vida a um material químico manipulável”⁵, permite ao cientista a produção de genes em escala e possui como característica a capacidade de “interferir diretamente no nível celular e molecular, conseguindo uma incomparável especificidade em suas intervenções; não trabalha com organismos, nem mesmo com micro-organismos, mas com células biológicas, ácidos nucleicos e proteínas.” A biotecnologia, portanto, está apta a criar novos seres e dotá-los de características ainda não encontradas na natureza, “alterando artificial e deliberadamente a composição molecular, que regula a vida e suas funções”.⁶

Há que se considerar também o efeito da proteção jurídica das inovações biotecnológicas, que pode dificultar a transferência de tecnologia, como no caso de proteção por patentes, em vezes descoladas das necessidades e peculiaridades dos mercados dos países em desenvolvimento, mais favorecendo às expectativas dos países desenvolvidos. Outra questão é o tratamento dispensado à biotecnologia como área estratégica, submetido ao controle político de transferência de conhecimentos, o que pode levar à proibição de exportação de documentos patenteados.⁷

Mesmo com essas considerações, não restam dúvidas da necessidade da proteção jurídica das criações na área de biotecnologia, porque representam forte incentivo à inovação e a novas pesquisas. Sem a salvaguarda oferecida pela proteção legal, as indústrias e outros inventores não se habilitariam a investir em pesquisa e desenvolvimento, especialmente quando se tem em mente os altos custos e riscos da pesquisa na área.

Nessa perspectiva, Francis Fukuyama aponta a necessidade de “regular politicamente o desenvolvimento e o uso da tecnologia, criando instituições que discriminem entre aqueles avanços tecnológicos que promovem o florescimento humano e aqueles que representam uma ameaça à dignidade e ao bem-estar humano”, tanto em nível nacional quanto em nível

³ Guide on the Licensing of Biotechnology. Publicação da WIPO – World Intellectual \property Organization. Genebra-Suíça, 1992, p. 11-12.

⁴ RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: MAKRON Books, 1999, p. 10.

⁵ RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: MAKRON Books, 1999, p. 15 e ss.

⁶ MOSER, Antonio. *Biotecnologia e bioética*. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004. p. 46.

⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 70.

internacional.⁸ Segundo o autor a regulação apresenta-se como uma possível saída para o ‘controle’ da biotecnologia. Acredita que os cientistas podem auxiliar no “estabelecimento de normas morais concernentes a sua própria conduta, mas o fazem não como cientistas, mas como membros cientificamente informados numa comunidade política mais ampla.” Assim, na visão do autor: “é a comunidade política democraticamente constituída, agindo, sobretudo através de seus representantes eleitos, que é soberana nessas matérias e tem autoridade para controlar o ritmo e a abrangência do desenvolvimento tecnológico.”

Portanto, os avanços da biotecnologia impulsionam o debate sobre a propriedade intelectual, por envolver matéria viva, e por considerar a possibilidade de esse material transformar-se em produto comerciável. Trata-se de uma área tecnológica com especificidades, gerando polêmica quanto à aplicação das leis patenteárias, voltadas inicialmente à proteção das invenções mecânicas e químicas (material inanimado). Existe, igualmente, certa resistência em permitir a apropriação privada de produtos da natureza (descobertas), agravada pelo fato de haver, de modo geral, um desconhecimento do alcance real das patentes sobre matérias vivas.

Vale salientar que a propriedade intelectual é concebida como o conjunto de direitos de que gozam os autores de obras intelectuais sobre as suas criações, as quais se confere o “status de propriedade”⁹. Pode ser dividida em dois grandes grupos: os direitos autorais e a propriedade industrial e, a esses, acrescentam-se as formas de proteção *sui generis*, como a de cultivares, de circuitos integrados e do *software*.

O direito de autor contempla as obras de arte, a propriedade literária (literatura), científica e artística. São as criações do espírito; seu objeto resulta do trabalho intelectual, é resultado do esforço pessoal realizado pela inteligência e inspiração de uma pessoa, com o apoio no seu patrimônio de conhecimentos e de experiência. O registro das obras possui um valor relativo de mera publicidade, pois a sua proteção não depende dele¹⁰.

A propriedade industrial¹¹ compreende as patentes, o modelo de utilidade, o desenho industrial, as marcas, as indicações geográficas e a concorrência desleal. A proteção por patentes é apenas uma parte da propriedade industrial e garante a proteção de direito exclusivo de exploração, ou seja, permite ao titular excluir terceiros da produção ou do uso do processo de produtos patenteados. Do ponto de vista econômico e científico, as patentes são consideradas um incentivo à inovação, não só pelos rendimentos advindos da sua comercialização, mas pela revelação segura do conhecimento, de forma a permitir o avanço das pesquisas.

No campo da biotecnologia, a justificativa que se tem para proteger uma invenção ou descoberta é a mesma usada para salvaguardar qualquer outro tipo de produto: a patente seria a melhor forma de incentivar a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e processos e também de garantir a disponibilização das inovações no mercado, principalmente quando se levam em consideração os custos e riscos envolvidos em áreas como a biotecnologia. Mas, na área da biotecnologia essa questão não é pacífica, pois as matérias envolvidas são vivas, o que requer analisar, além dos requisitos tradicionais, as implicações éticas.

⁸ FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*. Consequências da revolução biotecnológica. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 190.

⁹ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: EDUSP, 1992, p. 22.

¹⁰ Na legislação brasileira, a matéria sobre os direitos autorais atualmente está disciplinada na lei 9.610, de 19.02.1998.

¹¹ A Lei 9.279, de 14.05.1996, disciplina essas matérias.

As invenções caracterizam-se como ‘novas ideias’, como ‘avanços tecnológicos na área do conhecimento’, que permitem a solução de problemas tecnológicos e podem consistir de inovações em produtos ou processos. Os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial são reconhecidos internacionalmente para a atribuição do privilégio. Ainda um pedido de patente deve apresentar uma descrição clara do seu objeto, de modo que permita o acesso público ao conhecimento gerado pelo inovador e a repetibilidade da invenção patenteada por especialistas na área. Assim, ao revelar seu conteúdo, o inventor contribui para o avanço do conhecimento à medida que outros poderão conhecer o objeto patenteado, aperfeiçoá-lo ou superá-lo.

As especificidades da biotecnologia dificultam a comprovação desses requisitos ou impõem a necessidade de certas adaptações na lei ou em sua interpretação, como a dificuldade de caracterizar a novidade de inventos biotecnológicos, uma vez que a biotecnologia sempre opera sobre materiais vivos já existentes na natureza.

A controvérsia das patentes na biotecnologia parece encaminhar-se no sentido de proteger por patente as invenções surgidas a partir de descobrimentos, quando, por exemplo, for possível descrever as funções das sequências genéticas definidas. Ou seja, a patente não concedida ao gene em si, mas pela inovação no método ou processo empregado na separação ou isolamento do material. Essa nova possibilidade representa um novo paradigma para a proteção por patentes de material vivo, até então não aceito.

Assim, o desafio é criar parâmetros determinantes e diferenciados para o desenvolvimento e a proteção da inovação com matéria viva. As estratégias deverão centrar-se na qualidade, na viabilidade, no consenso público, na observância de limites com o fim de conjugar as novas tecnologias como a conservação do meio ambiente e a solidariedade “tecnológica” entre os países. Se considerado de outra forma, somente com amparo em modelos econômicos, haverá um incremento das desigualdades e a desumanização do homem, com ênfase no progresso econômico, sem conciliar o desenvolvimento social, cultural e humano.

3 Os Direitos Humanos como paradigma regulador dos avanços biotecnológicos

Os Direitos humanos são direitos do ser humano, conquistados e reconhecidos ao longo dos tempos pelo próprio homem e constituem-se em condições mínimas exigidas para suprir as necessidades essenciais da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, surge a partir do final da Segunda Guerra Mundial, apresenta direitos além dos previstos nos ordenamentos jurídicos à época. A observância desses direitos passa a ser condição para a legitimação de um regime político e da ordem jurídica de um Estado. O respeito e a manutenção da dignidade humana constituem o cerne dos direitos humanos, conforme apresenta Germán J. Bidart Campos¹² “Todo derecho está constituido por causa del hombre (...). La dignidad humana supone el valor basico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral.” Da dignidade humana irradiam os direitos para o desenvolvimento da personalidade integralmente: “El ‘derecho a ser hombre’ es el derecho que engloba a todos los demás en el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana.”

¹² BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 69-74.

Expressam-se mediante normas de caráter universal e são consenso da humanidade civilizada¹³, postando-se acima da ordem jurídica particular: “Em sua pretensão emancipatória de serem direitos de igualdade e de liberdade solidárias, opõem-se criticamente à ordem jurídica tradicional de classes com privilégios e, com base em sua tendência de serem fixados em constituições e tratados internacionais”.¹⁴

Vicente de Paulo Barreto¹⁵ realiza uma aproximação entre a concepção do direito cosmopolita de Kant e a possibilidade de estabelecer normas racionais em relação aos valores que envolvem os avanços da ciência, como bases para a formulação do biodireito. Segundo o autor, é fundamental estabelecer critérios a partir dos princípios da bioética (autonomia, beneficência e justiça) para a condução da patenteabilidade de material genético, pois o caráter interdisciplinar desse ramo “que envolve liberdades, direitos e deveres da pessoa, da sociedade e do Estado” lhe atribui a condição “fonte dos direitos humanos”¹⁶. A ação baseada na bioética deve ser presente, contemporânea e acompanhar o acontecer científico. O reconhecimento da proteção da pessoa humana e os direitos fundamentais constituem espaço em que se analisa a aplicação de tecnologias, o direito de investigação e a manipulação genética. Nesse campo, a liberdade de investigação não é absoluta, uma vez que poderá avançar se não lesar os direitos fundamentais, preservando a dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos direitos.

Por certo, o respeito aos direitos humanos, consagrados nas declarações internacionais, com reflexos na legislação interna dos Estados, delimita a ação e a aplicação das técnicas de manipulação genética sobre o ser humano. Como a dignidade é um atributo próprio do ser humano, “cada membro da espécie humana possui uma dotação genética que lhe permite tornar-se um ser humano integral, uma dotação que distingue um ser humano em essência de outros tipos de criaturas”. E para se ter um ser humano integral, ‘digno’, não basta garantir algumas prerrogativas, pois umas dependem das outras. Portanto, “a implementação e a concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais exigem uma democracia material e cotidiana, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos.”¹⁷

Não se pode olvidar que a Declaração dos Direitos Humanos é diretriz básica a ser seguida, pois engloba a nova dimensão dos direitos considerando o avanço da biotecnologia, o progresso e a manipulação e defesa do patrimônio genético. Com fundamento nela, surge a Declaração Universal sobre o Genoma Humano, que considera o Projeto Genoma Humano como ‘patrimônio da humanidade’ e se apresenta como norte para os Estados apoiarem suas legislações internas em matéria de direito genético. Essa Declaração, estabeleceu “uma nova categoria de direitos humanos, o direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação.”¹⁸

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In. TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁴ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 37-38.

¹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*. In. TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001-a, p. 390-391.

¹⁶ BARRETTO, 2001-a, op. cit., p. 415.

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 199.

¹⁸ BARRETTO, 2001, op. cit. p. 420-421.

O objetivo é impor um marco ético às atividades relacionadas ao genoma humano, evidenciando o princípio da igualdade; do livre consentimento prévio a qualquer tratamento; o direito de saber ou não sobre os resultados de exames; a confidencialidade dos dados genéticos (intimidade) e os benefícios resultantes dos avanços científicos (solidariedade). Esses procedimentos são fundamentais para equilibrar o respeito aos direitos humanos e à liberdade de investigação, sustentando que nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente aceitável.

Sem embargo, reconhece-se que a proteção da propriedade intelectual constitui-se questão de direitos humanos, uma vez que as descobertas/invenções são fruto do trabalho dos seres humanos (direitos individuais). Então, cabe esclarecer que a pretensão não é suprimir direitos garantidos, inclusive pelas declarações internacionais, mas demonstrar que é necessário ter cautela ao atribuir proteção ao material humano, pois muito acima do direito individual estão os direitos de todos os 'humanos'.

Assim, a regulamentação da biotecnologia terá por fundamentos racionais e éticos os direitos humanos.¹⁹ No campo das intervenções genéticas, defende-se, além dos direitos humanos, os 'deveres humanos' para com os demais membros da espécie humana, pois a constante luta pelo reconhecimento da dignidade da pessoa, da integridade, da diversidade e da identidade características do ser humano, como garantia de sua individualidade, poderão ser comprometidas em função desses avanços. Vale lembrar que a diversidade das características dos seres vivos representa a riqueza e o equilíbrio da espécie no seu conjunto e se opõe ao reducionismo, à eutanásia e à clonagem.

Nesse contexto, a bioética assume papel de 'fonte de direitos humanos', inserindo limites éticos no desenvolvimento de pesquisas genéticas, formando "uma nova categoria de direitos humanos — a dos direitos do ser humano no campo da biologia e da genética (...) na construção de uma ordem normativa construída pelo diálogo racional entre pessoas livres", em uma sociedade de indivíduos livres.²⁰

Na visão de Hans Jonas²¹: "La responsabilidad por los frutos tecnologicos tiene que compartirla según el caso con instancias situadas más allá de la investigación, y sólo podemos esperar que se desarrollen eficaces órganos sociales para ello." Por conseguinte, será indispensável reconhecer os objetivos legítimos da investigação científica, impondo até uma "autocensura voluntária" entre os cientistas, com o fim de promover a difusão do conhecimento em benefício do ser humano.

A responsabilidade do comportamento ético no desenvolvimento das pesquisas e na proteção das descobertas no campo biológico, com fundamento nos princípios da bioética, servirão de base orientadora para o estabelecimento de normas legais (biodireito). Essa responsabilidade manifesta-se, igualmente, com a criação de instrumentos internacionais, visando construir consensos capazes de traçar linhas gerais norteadoras das legislações nacionais.

Preservar a integridade do ser humano deverá ser o objetivo principal de qualquer avanço tecnológico. Essa meta terá que se reverter na produção de "um sentimento de pertencimento comum, que produza uma identidade comunitária-cosmopolita e que esteja assentado em bases

¹⁹ BARRETTO, 2001-a, op. cit., p. 384-386.

²⁰ BARRETTO, 2001-a, op. cit., p. 414-419.

²¹ JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética*. Trad. Carlos Fortea Gil. Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 75.

suficientes para consolidar um modelo de reconhecimento de identidade entre diferentes conjugando todos em nós mesmos”.²²

4 Considerações finais

Pelo exposto, pode-se inferir que qualquer privilégio atribuído aos descobridores, na área da biotecnologia, estará vinculado à preservação da dignidade, que constitui “o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana.”²³ O conjunto das normas e das decisões políticas resultará da postura responsável de cada pessoa (multiplicidade de atores sociais), no sentido de impor limites a suas ações visando proteger o ser humano. Assim, o homem poderá assumir o papel de sujeito de sua própria história e escrevê-la baseado em princípios éticos, vinculados aos valores da solidariedade e da responsabilidade, os quais garantam o direito à dignidade de ‘todos os seres humanos’.

Referências

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001-a, p. 383-423.

_____. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 69-74.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Ética e direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*. Consequências da revolução biotecnológica. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética*. Trad. Carlos Fortea Gil. Buenos Aires: Paidós, 1997.

²² MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

²³ BARRETTO, 2002, op. cit., p. 521.

_____. El principio de responsabilidad. Trad. Javier M. Fernandez Retenaga. Barcelona: Editorial Heder, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOSER, Antonio. *Biotecnologia e bioética*. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004.

RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: MAKRON Books, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: EDUSP, 1992.

LIDERAZGO Y MOTIVACIÓN

Ignacio Danvila Del Valle¹

1 Introducción

Los estudiosos de Dirección de Empresas, suelen utilizar indistintamente los términos “dirección”, “administración” y “gestión”; para referirse a las personas que toman decisiones y mandan en la empresa. Este hecho puede dar lugar a una cierta confusión, ya que dependiendo de los autores estudiados se emplea un concepto u otro. En este trabajo emplearemos siempre el término “dirección”.

Como sabemos, las organizaciones buscan la consecución de unas metas gracias al esfuerzo coordinado de un conjunto de personas y recursos. La dirección es esencial para la obtención de dichas metas, ya que se ocupa de coordinar el conjunto de factores productivos que configuran la empresa, y muy especialmente a las personas que trabajan en ella.

Por tanto, podemos afirmar que la dirección es el proceso de toma de decisiones y la gestión necesaria para que dichas decisiones se ejecuten en el plazo y de la forma prevista.

2 Concepto de Dirección

La dirección de la empresa pretende conseguir los objetivos de la organización mediante la aplicación de factores disponibles, desarrollando las funciones de planificación, organización, dirección de recursos humanos y control.

La planificación consiste en decidir por anticipado lo que se quiere hacer en el futuro y los medios que van a emplearse para alcanzarlo.

La organización consiste en el diseño de la estructura de la organización y las relaciones de jerarquía y autoridad

La dirección de recursos humanos pretende que todas las personas que desarrollan su trabajo en la organización orienten su comportamiento a la consecución de los objetivos finales de la empresa.

El control verifica el funcionamiento de la empresa, y en si es necesario toma medidas correctoras para que se cumplan los objetivos.

Por tanto, el directivo debe combinar los recursos humanos y técnicos de la mejor forma posible para conseguir las metas de la organización.

La dirección debe responder a los cambios del entorno. Desde adaptarse a la legislación en materia laboral (salario mínimo interprofesional, descanso, vacaciones, duración de la jornada laboral, etc.), a tener en cuenta la situación económica (facilidad para obtener créditos, paro,

¹ Profesor del Centro Universitario Villanueva y de la Universidad Complutense de Madrid.

inflación, etc.), socio-cultural (tradiciones del lugar en el que se opera, cultura, calores, creencias) o tecnológicas.

Además, la dirección debe igualmente considerar la estrategia que desarrollan los competidores, la capacidad de negociación de proveedores y clientes, las amenazas de productos sustitutivos o la posibilidad de entrada de nuevos competidores al sector específico en el que se trabaja.

3 Los Niveles Directivos

A medida que las empresas crecen, no es posible que una única persona se pueda encargar de todas las tareas de dirección. Aparecen entonces diferentes niveles de dirección, en función de las tareas y responsabilidades²: la alta dirección, la dirección intermedia y la dirección operativa.

La alta dirección está integrada por el presidente y otros directivos clave (consejeros delegados, directores generales). Se encargar de desarrollar los planes a largo plazo de la empresa, tomar decisiones tales como el lanzamiento de nuevos productos, adquisiciones de otras empresas, realización de operaciones internacionales, etc. Además, generalmente ejercen de interlocutores de la empresa ante la Administración del Estado y empresas competidoras. Asimismo, supervisan el funcionamiento general de la empresa.

La dirección intermedia incluye directivos de delegaciones, divisiones geográficas o por líneas de productos. Desarrollan planes y procedimientos detallados para llevar a la práctica los planes generales de la alta dirección y supervisan a la dirección operativa. Recopila información de la dirección operativa y facilita los resultados obtenidos a la alta dirección.

La dirección operativa también denominada dirección de supervisión o dirección de primera línea. Incluye a trabajadores que asignan trabajos específicos a los empleados que realizan la producción y evalúan sus resultados directamente. Ponen en acción los planes desarrollados por la dirección intermedia, a la que reportan información sobre los resultados obtenidos y se encuentran en contacto directo con los trabajadores.

4 Gestión Y Liderazgo

Entendemos por gestión de la organización al proceso que hace que las personas de la empresa cumplan las funciones y obligaciones que tienen encomendadas, con la finalidad de alcanzar los objetivos deseados.

Una buena gestión se consigue mediante la interrelación de liderazgo, influencia y poder. Un buen líder sabe armonizar los intereses e ideas de todos los integrantes de la organización; ya que en caso contrario, la organización quedaría sin rumbo ni sentido.

Los líderes eficaces dan forma y objetivos al grupo de personas que dependen de él y consigue que sus subordinados se identifiquen con los objetivos de la organización y actúen para su consecución.

² Cuervo García, A. (Director) y Vázquez Ordás, C.J. (2008): "Introducción a la Administración de Empresas". Edit: Thomson Civitas, Sexta Edición, Navarra.

En la función de gestión aparece un elemento esencial, la motivación. Si se desea que las personas realicen adecuadamente lo que se espera de ellas parece necesario que estén motivadas.

5 Teorías Sobre El Liderazgo

Existen diferentes teorías que determinan los rasgos que debe tener un líder. Seguidamente, pasamos muy brevemente a definir las principales.

La teoría de la personalidad considera que los líderes capaces con aquellos que tienen ciertas cualidades personales que les diferencia de los líderes ineficaces. Esta teoría ha perdido relevancia, ya que los investigadores no llegan a un acuerdo sobre cuales son las cualidades relevantes.

La teoría situacional considera que las cualidades necesarias para el liderazgo varían con las situaciones. Esta teoría no cree en los líderes absolutos para todas las situaciones, ya que son las situaciones determinadas las que definen a los buenos líderes.

Más recientemente, otros autores han considerado tan la personalidad como las situaciones, añadiendo además una dimensión relacional. Estas teorías globalizadas consideran variables como: la personalidad, la naturaleza del trabajo, las características de los empleados o la relación entre jefes y subordinados.

Las teorías X e Y fueron desarrolladas por Douglas McGregor que observó que el comportamiento del líder depende en gran medida de la opinión que tenga de sus trabajadores. De esta forma identificó dos posiciones extremas que denominó teorías X e Y.

La teoría X se basa en los siguientes supuestos: las personas, por lo general, trabajan lo menos posible, carecen de ambición profesional, evitan tener responsabilidades, prefieren que les manden, se resisten a los cambios, están mal informadas, y trabajarían muy poco si la dirección no les controlase.

Por el contrario, la teoría Y se basa en los siguientes supuestos: en general, las personas consideran el trabajo como algo natural, se auto-dirigen hacia la consecución de los objetivos que se les confían, pueden en algunos casos desear tener responsabilidades, tienen imaginación y creatividad, sienten motivación y desean perfeccionarse y asumen como propios los objetivos de la empresa si reciben compensaciones por lograrlos.

McGregor señala que la visión que tiene el jefe de sus subordinados influye en el comportamiento de éstos, y que aunque inicialmente la visión del jefe sea equivocada, con el paso del tiempo se transforma en realidad. Esta idea puede tener excepciones en algunas situaciones.

La teoría Z surge en los años 70 del siglo XX, tiene su origen en la cultura japonesa, fue desarrollada por William Ouchi. Sus principios básicos son los siguientes: compromiso de los empleados para toda la vida, lentitud en la evaluación y en la producción, consenso en la toma de decisiones, responsabilidad colectiva, control informal e implícito y ayuda a los empleados en todos los aspectos de la vida: financiación de actividades sociales, vacaciones en grupo, transporte colectivo y construcción de viviendas comunitarias.

6 Estilos de Liderazgo

Los estilos de liderazgo tienen en la práctica más importancia que las teorías. Un estilo de liderazgo es la forma de comportarse del líder ante sus subordinados.

Los principales estilos de liderazgo son tres: autoritario, democrático y *laissez faire* o dejar hacer.

El estilo autoritario destaca por las siguientes características: la dirección toma las decisiones sin consultar a los subordinados, clara orientación a la asignación de tareas y los subordinados deben acatar siempre las órdenes de los superiores sin margen alguno de iniciativa.

El estilo democrático se encarga de que los subordinados participen en la toma de decisiones, los jefes solicitan opiniones e ideas, se facilita la cooperación y se anima a todos los empleados a manifestar sus opiniones.

El estilo *laissez faire* o dejar hacer se caracteriza por la escasez de orientaciones que dan los jefes a los subordinados y los subordinados deciden por sí mismos.

A medida que se hace mayor uso de la autoridad, el margen de libertad del que gozan los subordinados se va reduciendo.

Algunos estudiosos consideran que existe un estilo de dirección óptimo e ideal; es decir, un estilo que es el mejor en todas las circunstancias. Sin embargo, el estilo contingencial señala que situaciones diferentes requieren estilo de liderazgo distintos.

7 La Motivación

La motivación intenta explicar las causas que llevan a una persona a comportarse de una determinada manera. Se define como el esfuerzo que realiza un individuo para alcanzar alguna meta, condicionado a la posibilidad de satisfacer alguna necesidad individual.

Los buenos resultados en el trabajo no solo satisfacen necesidades extrínsecas, también puede ser la satisfacción de ver culminado un trabajo bien hecho. Las personas a través de su trabajo pueden analizar el potencial que están desarrollando, la valoración que reciben de sus superiores, compañeros o subordinados, etc.

Desde el punto de vista de la empresa, al directivo le interesa conocer los objetivos de sus empleados, las expectativas puestas en él, los motivos que le llevan a desarrollar su trabajo en una organización y no en otra. El directivo deberá que el empleado consiga las metas de la empresa, cumpliendo sus deseos y necesidades; por eso, será de vital importancia conocer los objetivos del trabajador.

La motivación ha sido muy estudiada dentro del área del comportamiento humano, ya que la persona puede ser muy capaz pero si no quiere, si no se esfuerza, si no está motivado, no sacará adelante su trabajo.

8 Principales Teorías Sobre La Motivación

La teoría de Maslow fue desarrollada en el lejano 1934. Dicha teoría considera que se pueden conocer las motivaciones humanas si se conocen sus necesidades. Establece cinco escalones de necesidades de nivel inferior a superior: necesidades fisiológicas (alimentación, agua, aire), necesidades de seguridad (seguridad, protección), necesidades de aceptación social

(afecto, amistad, amor), necesidades de autoestima (autovalía, éxito, prestigio) y necesidades de autorrealización (capacidades, auto-cumplimiento). La inmensa mayoría de las personas va subiendo peldaño a peldaño. Es decir, su satisfacción de las necesidades fisiológicas, buscará cubrir las necesidades de seguridad, si ya tiene cubiertas éstas, deseará satisfacer las necesidades de aceptación social, y así sucesivamente. Una vez que una necesidad ya está satisfecha deja de ser motivadora.

La teoría de Herzberg analiza los factores causantes de satisfacción e insatisfacción en el trabajo. Las necesidades de nivel inferior son aquellas que se presupone que deben estar cubiertas y que si no lo están generan insatisfacción. Las necesidades de niveles superiores son las que generan satisfacción. Los factores que generan motivación son: el propio trabajo, el reconocimiento, el ascenso, la responsabilidad y el desarrollo personal.

9 Aplicaciones De Las Teorías En La Práctica

A continuación vamos a analizar la importancia de algunos elementos en la motivación de los individuos.

a) El papel del dinero en la motivación. El dinero es un elemento que genera motivación si cubre algunas necesidades. Concretamente, en nuestra sociedad es necesario cubrir las necesidades fisiológicas y de seguridad. También es importante cubrir las necesidades sociales y ser apreciado. La motivación se reduce a medida que las remuneraciones se elevan. A pesar de ser de gran importancia, la motivación se reduce con el paso de los años.

b) El enriquecimiento del puesto de trabajo. La motivación viene dada cuando la tarea desarrollada en el puesto de trabajo cubre necesidades de nivel elevado. Los principales factores de motivación que enriquecen los puestos de trabajo son los siguientes: la variedad de operaciones a realizar, la identidad de la tarea, la importancia de la tarea, el grado de autonomía y la retroalimentación. En algunas ocasiones hay dificultades para enriquecer el trabajo, ya que la ampliación de operaciones que se realizan puede suponer pérdidas de las ventajas de especialización o que se reduzca e incluso desaparezca el tipo de trabajo que gustaba.

c) La dirección por objetivos. Se pretende motivar a los empleados mediante su participación en la fijación de sus propios objetivos y que conozca los factores empleados para valorar los resultados que obtiene. Trata de motivar a personas que tienen necesidades de niveles elevados. Se desarrolla en tres fases: 1. Superior y subordinado se reúnen y fijan conjuntamente los objetivos para un período. 2. Con regularidad se vuelven a reunir para estudiar los progresos realizados. 3. Al final del período se evalúan conjuntamente los resultados obtenidos. Siempre que sea posible (para evitar juicios subjetivos) los resultados se deben expresar numéricamente.

Las principales ventajas de la dirección por objetivos son las siguientes: motiva a las personas mediante la participación en sus propios objetivos y la forma en que van a ser evaluados, las personas conocen las tareas que deben desarrollar y los objetivos que deben conseguir, se suele tener gran autonomía ya que cada uno es responsable de alcanzar sus objetivos, aumenta la comunicación regular entre subordinados y superiores, lo que incrementa la motivación y facilita las relaciones humanas y el conocimiento mutuo, facilita el reconocimiento del esfuerzo realizado y al generar gran nivel de información se tienen gran cantidad de datos objetivos para tomar decisiones sobre remuneración y promoción.

La dirección por objetivos es complicada de aplicar en puestos donde los objetivos no son cuantificables, pero es válida para todos los niveles de la organización. En muchas empresas se

utiliza para dirigir a empresas filiales en otros países. Es muy recomendable que la información referente al grado de consecución de los objetivos sea entregada por escrito.

d) Los círculos de calidad. Nace en Japón y actualmente se aplica en numerosas empresas norteamericanas y europeas. Trata de un conjunto de trabajadores de la misma área que se reúnen regularmente y de forma voluntaria para tratar de resolver problemas y reducir costes en sus departamentos. Estos círculos deben reunir cinco requisitos:

- 1 Debe haber reuniones regulares. Estar compuestas entre cinco y diez personas, que se reúnen menos de una hora, una vez a la semana. Las reuniones son horario de trabajo.
- 2 Las reuniones deben limitarse al área en la que son expertos sus miembros y las cuestiones relativas a sus departamentos.
- 3 Deben participar todos los miembros.
- 4 Deben recibir formación de personas expertas que sean externas a la empresa.
- 5 e debe informar a la dirección de las conclusiones obtenidas.

e) Programas de calidad de vida en el trabajo. Fue creado en 1973 por General Motors para mejorar la satisfacción y productividad de sus trabajadores. Es un proceso en el que todos los empleados de la empresa, mediante adecuados canales de comunicación, participan en el diseño de sus puestos y en el entorno general del trabajo. Cada empleado establece sus propias normas de trabajo, sus niveles de producción y se responsabiliza de la calidad del producto. Los empleados participan en los beneficios y desarrollan ideas para mejorar su bienestar y su productividad.

Estos programas suelen tener éxito si es necesario un cambio, la alta dirección tiene fuerte autoridad, hay presupuesto para realizar los cambios, la empresa está bien dirigida, existe confianza mutua entre directivos y empleados y los cambios se llevaron a cabo después de una adecuada planificación y preparación.

f) La flexibilidad de horarios y el trabajo compartido. Son un conjunto de medidas que benefician al trabajador y a las empresas. La flexibilidad de horarios es un procedimiento por el que cada trabajador establece sus horarios, aunque debiendo cumplir el tiempo previsto. Esta medida permite organizar mejor la jornada, reduce el estrés y mejora la productividad. Además, reduce el absentismo y los retrasos. No se puede aplicar a puestos de producción continua o cadenas de ensamblaje.

El trabajo compartido es aquel en el que un mismo puesto es ocupado por dos o más personas, cada una cumple una parte del horario que corresponde a dicho puesto.

10 Dirección Y Motivación

Numerosos estudios han demostrado que la forma de dirigir la empresa, contribuye a la motivación o desmotivación del empleado. En general, facilita la motivación: delegar autoridad y responsabilidad, comunicar a los trabajadores lo que se espera de ellos, reconocer a los trabajadores sus méritos, dar a conocer a los trabajadores la forma en que serán evaluados, la participación del trabajador en la toma de decisiones, facilitar la formación y el desarrollo

personal de los trabajadores, vincular la remuneración y promoción con los méritos y estimular la creatividad de los empleados.

11 Conclusiones

Lo que caracteriza y distingue al que verdaderamente manda en una organización es que es la persona que toma decisiones. Existen dos factores que afectan a la toma de decisiones:

- a) La urgencia o el tiempo que se tiene para tomar la decisión.
- b) La importancia o los efectos de si la decisión tomada es la correcta o no.

Con estas dos variables tenemos cuatro situaciones:

- Importancia baja y urgencia baja: En este caso la decisión debe ser de **consenso**. Es decir, deben ponerse de acuerdo todos los implicados. Se trata de una cesión para la que hay tiempo y no es importante. Este caso se da el 16% de las veces.
- Importancia alta y urgencia baja: En este caso la decisión debe ser de **consultiva**. Es decir, al ser importante, la decisión debe tomarla el jefe, pero preguntando a los implicados, ya que dispone de tiempo para ello. Este caso se da el 64% de las veces.
- Importancia baja y urgencia alta: En este caso la decisión debe ser de **democrática**. Es decir, ya que no es importante, lo mejor es que la decisión de tome por mayoría entre los miembros que participan en ella, pero sin dedicar mucho tiempo, ya que es urgente y no disponemos de tiempo. Un buen método puede ser votando. Este caso se da el 16% de las veces.
- Importancia alta y urgencia alta: En este caso la decisión debe ser **autoritaria**. Es decir, al ser importante, la decisión debe tomarla siempre el jefe, y el no tener tiempo, sin preguntar a los implicados. Este caso se da el 4% de las veces.

Si nos preguntamos, ¿cuándo salen a la luz o destacan los grandes líderes? La respuesta es clara, en los casos en los que se deben tomar decisiones con importancia y urgencia alta. Es decir, en aquellos casos, en los que se debe tomar una decisión autoritaria (rápida y sin consultar a los demás). Si la decisión tomada es acertada, los jefes se convertirán en grandes líderes, y si las consecuencias de tal decisión son buenas para la empresa, los que tomaron dicha decisión serán ascendidos y podrán adquirir fama. Por el contrario, si la decisión tomada es negativa para la empresa, los jefes serán cesados de sus responsabilidades.

En ocasiones, los jefes son excesivamente autoritarios y deciden sin consultar, en casos en los que no deberían actuar de este modo.

En otros casos, los jefes son timoratos o indecisos. Por tanto, no desean tomar decisiones, y consultarán en casos en los que no deberían hacerlo. Esto ocurre, por si los resultados de la decisión tomada son negativos, poder repartir culpas y no ser los únicos responsables del fracaso. En este supuesto, tomarán siempre decisiones de consenso o democráticas.

Por tanto, el directivo que ejerce de verdadero líder, capaz de motivar a sus empleados y sacar lo mejor de cada uno, será el que muestra confianza, delega responsabilidades y solo toma decisiones sin consultar a los empleados, cuando se trata de una situación con alta importancia y urgencia. Como hemos analizado, este tipo de situaciones, tan solo se suelen dar un 4%.

DESAFIOS TEÓRICOS E PRÁTICOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS¹

José Alcebiades de Oliveira Junior²

1 Introdução - Direitos Fundamentais Sociais, uma Questão Ampla de Incidência e Eficácia do Direito

Neste texto, procuramos dar continuidade às nossas reflexões sobre Direitos Fundamentais, suas várias gerações ou dimensões, tal como vimos fazendo desde o ano de 1997, e está especialmente dirigido à problemática dos Direitos Fundamentais Sociais.

Direitos Fundamentais (DF), expressão que preferimos, por exemplo, diante de Direitos Humanos³, englobam a normatividade protetiva dos vários aspectos que circunscrevem o ser humano e sua dignidade. Como Jürgen Habermas tem salientado, dentre outros, os DF estão na base mesma do conceito moderno de Direito e buscam traduzir os ideais e os valores próprios ao homem e defendidos por distintas ideologias, desde o liberalismo ao republicanismo.

E dentre os valores fundantes do Direito na modernidade está a autodeterminação, a autonomia, pública e privada, do ser humano, o que quer dizer que ele deve ser pensado como o centro e não como a periferia das comunidades organizadas. Portanto, como produtor e objeto principal da normatividade.

Tal condição central, pois, vem determinando ao longo dos últimos 200 anos uma expansão dos direitos fundamentais, que alguns denominam de gerações e outros de dimensões. Essas gerações às vezes são vistas como contiguidade, e às vezes como em oposição ou paradoxo. Inobstante, o importante seria constatar que três aspectos da vida humana têm sido considerados prioritariamente pelos DFs: o aspecto político, o econômico e o cultural dos seres humanos.

Embora os DFs se voltem prioritariamente para as questões de fundo econômico e que são o alvo principal deste artigo, trata-se de ver também implicações teóricas e práticas, doutrinárias e institucionais do complexo jogo da política, do direito e da cultura para efetivação desses direitos.

¹ Texto elaborado a partir de discussões realizadas no grupo "Tutela dos Direitos e sua Efetividade", registrado no CNPq e base das linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI de Santo Ângelo, em 2010. Apresentado também no Primeiro Seminário Nacional de Políticas Públicas e Direito de Autor e no Sexto Seminário Nacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, no PPGD da UNISC, em 29/10/2010. Revisto para ser publicado em "Revista Direitos Culturais", no. 9, de julho a dezembro de 2010, do Mestrado em Direito da URI de Santo Ângelo, sob o título de "Direitos Fundamentais Sociais e Desafios de Efetivação". Apresentado também em Seminário Internacional promovido pelo Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC em conjunto com a Universidade de Sevilha, na Espanha, em janeiro de 2011. Modificado e ampliado para publicação na Revista da OAB do Estado do Rio de Janeiro, em 2011, e na coletânea organizada pelo professor Rogério Leal dos trabalhos apresentados no Seminário Internacional ocorrido na Espanha anteriormente referido.

² UFRGS e URI – Santo Ângelo.

³ Tomamos o ensinamento de Peces-Barba para quem a expressão Direitos Fundamentais é mais direta e incisiva ao apontar as questões dos direitos humanos como uma normatividade constitucional e vinculante, e não apenas como um conjunto de valores ideais. Ver. "Lecciones de Derechos Fundamentales", Gregório Peces-Barba Martinez. Madrid: Editorial Dykinson. 2004, p.19 a 27.

Um exemplo notável das questões de eficácia (ou de ineficácia) dos DFs ocorre no âmbito de sua incidência sobre as relações privadas, assunto que temos estudado em outros trabalhos⁴. Bruno Leal⁵ examinou na obra referida o caso do músico expulso da UBC (União Brasileira de Compositores) e que foi decidido no STF a partir do desenvolvimento das teorias da aplicabilidade horizontal dos DFs, que pretendem suplantar a visão mais reducionista da denominada eficácia vertical. Não obstante, assim como o debate sobre qual teoria aplicar foi difícil, também o placar entre os ministros votantes foi bastante apertado, denotando resistências que, ao fundo e ao cabo, são clássicas e dizem respeito a visões mais privatistas ou mais publicistas acerca dos ordenamentos jurídicos. Contudo, vamos nos dedicar a realizar, a seguir, alguns comentários sobre a efetividade e a interface entre os Direitos Sociais e os Direitos Culturais ou multiculturais.

2 Direitos Sociais como Justiça Distributiva – O Exemplo do Direito do Consumidor e a Súmula 381 do STJ

José Reinaldo Lima Lopes⁶ explana uma interessante tese sobre a natureza de “justiça distributiva” do Direito do Consumidor que, em breve, veremos em alguns dos seus detalhes.

Acredita-se que, à tese de José Reinaldo, caberia associar as teses de Nancy Fraser sobre “redistribuição” e “reconhecimento”. Tendo, pois, a igualdade como grande objetivo no âmbito das preocupações com justiça social, Nancy Fraser tem feito escola no sentido de demonstrar que, contemporaneamente dois grandes tipos de injustiça povoam as sociedades modernas. Uma relativa às desigualdades econômicas, e outra relativa às desigualdades culturais.

De acordo com suas palavras,

[...]
existem demandas por distribuição mais justa de recursos e bens (justiça redistributiva) e demandas por superação de diferenças (justiça de reconhecimento). A primeira é a preocupação mais comum e preferencial dos Estados sociais, enquanto que, com relação à segunda, parece haver uma certa insensibilidade que, somente agora, aos inícios do Séc. XXI, parece se dissipar⁷.

Dito isso, dentre as teses mais importantes de Fraser está a de que não devemos subestimar a importância originária e independente de cada uma dessas preocupações para a realização da dignidade da pessoa humana. Contudo, seria extremamente equivocado pensar-se em uma polarização dessas preocupações. Com efeito, em muitos casos, a injustiça sofrida por certos grupos pode decorrer tanto da má distribuição econômica quanto do não reconhecimento cultural, podendo, mesmo, em certos casos, uma dimensão agravar a outra.

⁴ Cfe. “Sociologia Judiciária”, Enfam / STJ, 2010, no prelo.

⁵ Pesquisador voluntário de IC na UFRGS. Atualmente mestrando em Direito da UFRGS.

⁶ Cfe. “Direitos Sociais como Justiça Distributiva”. In: *Direitos sociais, teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 141-162.

⁷ Fraser, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Inegrida da Justiça*. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Daniel Sarmento et alii (Org.) RJ: Lumen Juris, 2008, 167-189.

Para Fraser, pois, a justiça social tem que caminhar em direção à implementação de políticas públicas preocupadas com o que ela chama de dualismo de perspectiva, isto é, com atenção à redistribuição econômica e ao reconhecimento cultural⁸.

Mas retornando à tese de justiça distributiva do Direito do Consumidor de José Reinaldo, cabe dar-lhe a palavra para entender que

[...]
distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição dos benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se comutativa, ou retributiva ou corretiva. Comutar é trocar; retribuir é devolver; e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior)⁹.

Como diz também José Reinaldo,

[...]
a distribuição é antecedente lógico da comutação. Antes de haver troca é preciso saber o que é que pertence a cada um: e isso só se sabe quando se distribui o comum. A distribuição – e a justiça da distribuição, ou justiça distributiva – é antecedente lógico da comutação¹⁰.

É por tudo isso que José Reinaldo traz como exemplo de justiça distributiva o Código de Defesa do Consumidor, pois em diversos dispositivos esse código mostra que “há bens e males comuns no mercado de consumo e que por razões de princípio, em alguns casos, e por razões de conveniência, em outros, há uma distribuição a ser feita: os ônus e os benefícios do mercado”¹¹.

Contudo, o cotidiano do Judiciário brasileiro tem mostrado o quanto é difícil pôr em prática a específica normatividade do CDC. Em comentário particular de Cristiano Heineck Schmith, doutorando da UFRGS, a súmula 381 do STJ é um exemplo eloquaz disso, pois denota a impossibilidade de reconhecimento judicial de ofício de cláusulas abusivas em contratos de consumo bancários. Trata-se de uma incongruência, pois pretende revogar normas do CDC e da Constituição Federal quer quanto à proteção de interesses público e social, quanto à defesa do consumidor como garantia fundamental, bem como a nulidade de pleno direito de cláusulas abusivas, etc., e os exemplos gritantes são as revisionais de contrato de mútuo bancário que, ao fim e ao cabo, pretendem combater a capitalização excessiva e o desequilíbrio do contrato negocial.

⁸ Fraser, op. cit., 167-189.

⁹ *Direitos sociais, teoria e prática*. José Reinaldo Lima Lopes, São Paulo: Edit. Método 2006, p.145.

¹⁰ Idem, *Direitos Sociais*, op. cit. p. 145.

¹¹ Idem, op. cit. p. 145.

3 Reflexões sobre Legalidade, Legitimidade e Racionalidade no âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais

3.1 A crítica de Weber aos Direitos Sociais na leitura de Habermas

Segundo Habermas, Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”¹², porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder... Isso significa que o Direito moderno tem que legitimar o poder exercido, conforme o Direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa “racionalidade”, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles.

Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento da legitimidade da dominação legal. Segundo ele, todas as correntes contemporâneas que “materializam” o direito formal burguês são vítimas desta moralização fatal.

Consoante o próprio Weber, ao chamar a atenção para o direito regulador do Estado social, esse direito é instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, lançando mão de compensações, de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras: “com o despertar dos modernos problemas de classes, uma das partes interessadas no direito (a saber, a classe operária) formula exigências materiais ao direito, enquanto a outra parte, formada pelos ideólogos do Direito..., exige um direito social na base de postulados éticos patéticos (justiça, dignidade humana). Isso, porém, coloca basicamente em questão o formalismo do direito”¹³.

3.2 A posição de superação de Habermas – do liberalismo e comunitarismo ao procedimentalismo

Para Habermas a perspectiva weberiana de que a dimensão material dos direitos sociais deslegitima a racionalidade formal do direito burguês não se coaduna com as atuais argumentações sobre a racionalidade do direito, defendendo então a tese de que a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral¹⁴.

Sobre a proposta habermasiana, pode-se colher no capítulo sexto do seu “Direito e Democracia” versão brasileira, no qual aborda o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional, algumas colocações esclarecedoras:

A teoria de (Ronald) Dworkin serviu como fio condutor para analisarmos o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Reinterpretamos essa teoria construtivista do direito vigente, seguindo o modelo procedimentalista, ou seja, transpusemos as exigências idealizadoras, que acompanham a formação da teoria, para o conteúdo idealizador dos

¹² Para compreender a posição de Max Weber em face aos Direitos Sociais, considere-se o texto “Direito e Moral” de Jürgen Habermas, anexo ao “Direito e Democracia” II vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193-247.

¹³ Idem, op. cit. p.195.

¹⁴ Idem, op. cit. p. 194.

pressupostos pragmáticos necessários do discurso jurídico. No entanto, ainda não foi resolvida a seguinte questão: de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)¹⁵.

Diante disso, vejamos algumas breves colocações sobre alguns importantes conceitos criados pela doutrina alemã para desenvolver uma moral de justiça procedimental, isto é, não legisladora, e dentre os quais se sobressai o conceito de proporcionalidade.

3.3 As soluções doutrinárias alemãs segundo Habermas – o princípio da proporcionalidade, etc.

Dentre as abrangentes e profundas digressões de Habermas sobre o tema do enfrentamento e a tentativa de superação das dissidências entre os partidários do liberalismo e os do Estado social, e que são fundamentais para o Estado democrático de direito, cabe o destaque atribuído às novas concepções metodológicas a partir das quais os alemães elaboraram conceitos-chave para o Direito Constitucional, dentre os quais os seguintes exemplos:

O princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação dos direitos fundamentais imediatamente válidos, através dos direitos fundamentais de terceiros, a proteção dos direitos fundamentais através da organização e dos procedimentos. Em caso de colisão eles servem para relacionar diferentes normas, tendo em vista a uniformidade da constituição: com o desenvolvimento dos conceitos-chave relacionais, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu e destacou – no interior de certos limites – a estrutura aberta da constituição da Lei Fundamental¹⁶.

Tal conclusão acerca da estrutura aberta das constituições, ainda com mais razão também pode ser atribuída à realidade brasileira e à sua constituição, pois eivada de princípios e carente de normas regulamentadoras, em face da presença de um “processo legislativo” lento e deficiente. Com efeito, as atuações dos tribunais no Brasil não têm dispensado a importação continuada dos conceitos alemães há pouco referidos, justo com a finalidade de fazer frente à textura aberta de nossa Constituição, podendo ser lembrado aqui com destaque os trabalhos do Ministro Gilmar Mendes e do Des. Rogério Gesta Leal¹⁷, como veremos.

3.4 A aplicação dos Direitos Fundamentais e a polêmica Habermas e Alexy sobre princípios

Diante do exposto, a grande questão que se apresenta é a de que se os direitos fundamentais se apresentam por meio de princípios constitucionais, qual a metodologia mais apropriada para interpretá-los e aplicá-los?

Um dos caminhos para a abordagem da questão pode ser a polêmica acerca da natureza dos princípios entre Habermas e Alexy. Para Habermas e sua visão deontológica dos princípios,

¹⁵ Ver *Direito e democracia*, vol. I, p. 297.

¹⁶ *Idem*, vol. I, p. 308.

¹⁷ Consulte-se especialmente a obra *Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais – Desafios do Poder Judiciário no Brasil*, de Rogério Gesta Leal, POA: Livraria do Advogado, 2009, e que contém importante prefácio do Ministro Gilmar Mendes do STF.

a interpretação deve ater-se aos valores intrínsecos já constantes e propostos pelos princípios constitucionais, e em caso de colisão não caberia o sopesamento entre eles proposto pela teoria de Alexy, senão que a aplicação do princípio mais claramente aplicável ao fato concreto. Porém, na visão teleológica de Alexy, em que pese os princípios constitucionais possuírem já de antemão valores a ser considerados, ocorre que devido à vagueza e ambiguidade dos mesmos, uma mesma situação fática poderá suscitar a possibilidade de aplicação de dois ou mais princípios, o que coloca para o jurista que tem de decidir a necessidade de enxergar um algo além dos valores intrínsecos dos princípios e que residiria numa aferição das funções desses princípios e as consequências que os princípios devem ocasionar em determinadas situações, tendo-se que considerar, como fez a doutrina alemã, a construção de conceitos “medidores” da adequação da aplicação de um princípio em detrimento da aplicação de outro.

Enfim, para Habermas, a teoria de Alexy embora esteja dotada de uma clara importância prática para o dia a dia da justiça, poderia dar margem a certo subjetivismo por parte do aplicador do direito que, em última análise, ao realizar a escolha do princípio a ser aplicado, poderia fraudar as legítimas expectativas constitucionais próprias dos Estados democráticos de direito. Porém, essa polêmica ainda não está encerrada, e por certo ainda renderá muitas discussões.

4 Sobre a falsa questão Poder Executivo versus Poder Judiciário na Gestão dos Direitos Fundamentais Sociais

Aqui se abrem grandes discussões sobre os ditos Direitos prestacionais do Estado, sua densidade, sua imediata exigibilidade. Um dos aspectos mais interessantes tem se dado no âmbito das controvérsias entre Políticas Públicas X Poder Judiciário; muitos são os argumentos pró e os argumentos contra nessa controvérsia, dentre os quais a agressão à “teoria da separação dos poderes” e à “teoria da reserva do possível”, como já foi dito. Os exemplos dessa controvérsia se multiplicam: concessões de medicamentos; questões ambientais que envolvem minorias e majorias, a exemplo da duplicação da BR 101 no RS/SC; ações afirmativas no âmbito das universidades para ingresso de pessoas hipossuficientes, social e culturalmente.

Alguns comentários em sentido amplo, porém pertinentes sobre a atividade judicial na direção da concretização dos direitos sociais, podem ser encontrados no texto “Poder judiciário e a proteção racional dos direitos sociais dos cidadãos no constitucionalismo brasileiro”, de Jerson Carneiro Gonçalves Junior, para quem os cidadãos têm

[...]

o direito constitucional de acompanhar, fiscalizar e cobrar a ação da administração pública, bem como exigir os direitos sociais quando os agentes políticos não cumprem as obrigações e deveres constitucionais oriundos das funções constitucionais. Esse controle pode se dar por meio de controle administrativo e judicial da administração pública pelos cidadãos; o cidadão cumpre seu dever político constitucional de exercer, fiscalizar e exigir seus direitos sociais decorrentes da cidadania perante o Poder Judiciário (judicial) e perante o tribunal de contas (administrativo). Em relação ao Poder Judiciário, vemos que a questão se dá no controverso plano do controle judicial de políticas públicas desenvolvidas pela administração pública. Isso porque a Constituição de 1988 contém um grande número de normas constitucionais cujas finalidades estatais determinam e não recomendam aos administradores públicos a efetivação dos direitos sociais a serem garantidos aos administrados. Não é uma faculdade do administrador público, mas uma obrigação, um dever político

constitucional a ser efetivamente realizado pela Administração pública, sob pena de o administrador requerer às vezes judicialmente responsabilidade civil.¹⁸

Mas também como destaca Jerson Carneiro, “o dito neoconstitucionalismo (para alguns em crise, para outros em pleno vigor) tem procurado demonstrar como os direitos sociais não são normas de orientações, recomendações políticas, mas normas racionais constitucionais de ordem pública, é dizer de natureza de obrigação de fazer para a administração pública, sendo possível buscar o seu cumprimento através do Poder Judiciário”¹⁹. Mas como destaca o autor em comento,

[...]
a falta de eficácia dos direitos sociais, concedidos através de sentenças judiciais, destaca em uma questão mais de fato-social do que jurídica, já que, para aplicar esses direitos sociais, é necessário ter recursos públicos, que são finitos e em decorrência da receita pública arrecadada, sendo por isso insuficientes, num Estado Social garantidor como o caso do Estado brasileiro, que prescreve muitos direitos sociais a serem implementados na comunidade, mas, dependendo da região e da cidade, poucos são os recursos públicos necessários para atender a execução e a vontade constitucional de todos esses direitos. Nesse sentido, o instrumento jurídico usado para escolher qual a prioridade pelo administrador público é a “discricionariedade decorrente do poder discricionário...”²⁰

Em uma linha de certo modo similar, porém original, merecem destaque as pesquisas e a atividade jurisdicional de Rogério Gesta Leal sobre o tema “a quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro, esgotamento de um modelo institucional”²¹. Em síntese, para esse autor, o mundo mudou. As responsabilidades coletivas não cabem mais apenas a um Estado supostamente autônomo e capaz de dar conta, sozinho, de todas as responsabilidades sociais, como se milagrosamente produzisse riquezas suficientes para dar conta de todas as carências humanas, desde o financeiro ao afetivo.

Segundo esse autor, o debate desde o prisma constitucional envolve uma das dimensões do denominado mínimo existencial à dignidade da vida humana, valendo transcrever suas palavras na direção de que

[...]
no âmbito do dever público para se alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que temos que ter em conta, por um lado, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em “*numerus clausus*”, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável. Por outro lado, quem é responsável por tal mister. Assim é que cada caso envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado é merecedor de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, algumas variáveis necessárias: (a) as variáveis normativo-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade

¹⁸ “Poder Judiciário, Direitos Sociais...”, op. cit. p. 47

¹⁹ Idem, “Poder Judiciário...”, op. cit. p. 47 e 48

²⁰ Idem, “Poder Judiciário...”, op. cit. p. 48

²¹ Cfe. “Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais...”, op. cit. p. 150-165.

institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira²².

Diante do exposto, conclui Rogério Gesta Leal com um estudo muito interessante sobre “a possibilidade de compartilhamento do dever de sustento à saúde”²³, que “precisamos urgentemente encontrar uma forma de contemporizar tão diferentes desafios no âmbito do direito à saúde, partindo do pressuposto de que tal mister incumbe a todos, e não somente a alguns”²⁴.

Essa interessante tese ressalte-se, que está entre as propostas de superação, traz consigo algumas importantes discussões que merecem ser feitas, muito embora aqui não tenhamos tempo para realizá-las, mas que conviria citar: como pode ser visto o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Sociais, qual o acerto e os problemas do recurso excessivo que se faz a esse poder e ao seu ativismo, assim como uma discussão mais profunda sobre o papel do Poder Executivo na implementação de políticas públicas na direção da realização dos Direitos Sociais, como enfim, e principalmente, o fato de que a gestão pública desses direitos trata-se de algo muito complexo e que precisa ser pensada de modo compartilhado.

Não obstante, chamemos a atenção de que para a administração efetiva dos Direitos Sociais (e na verdade de todos os Direitos Humanos fundamentais) necessita-se de uma gestão pública complexa compartilhada e que envolva pelo menos três pilares²⁵:

- a - Leis adequadas;
- b - Instituições fortes; e
- c - Legitimidade e participação popular.

Como também é possível de se perceber, tal gestão requer uma integração de todos os poderes de Estado e da sociedade civil, o que tem sido muito difícil de estabelecer na prática no Brasil de hoje, um país que tem ganhado muito com o avanço da democracia, mas que tem incorporado também dificuldades oriundas de um pluralismo político e cultural nem sempre consciente dos interesses coletivos a defender, e que, portanto, traz consigo interesses nem sempre adequados à defesa dos DF.

Recorrendo a Adriana Burguer²⁶, ao discorrer sobre aspectos institucionais dos Direitos Fundamentais Sociais, em Simpósio na UNISC, descrito no início deste texto, cabe destacar importantes colocações dessa operadora dos direitos do consumidor sobre a extrema falta de diálogo entre as instituições públicas nacionais, o que está diretamente relacionado com a inefetividade dos DFs, ausência que pode ser observada dentre outros poderes, como o MPF, OAB, PROCON e, assim como, também, em sentido amplo e considerando o que até aqui foi dito, manifesta-se entre a esfera administrativa e a esfera judicial, ou entre a esfera da sociedade civil e a esfera da sociedade política, numa perspectiva de falta de diálogo. Isso sem falar na extrema penúria quanto à falta de valores humanos, associada aos poucos recursos financeiros, muito embora a alta carga tributária já existente no país.

²² Idem, op. cit. p. 151-152.

²³ Idem, op. cit. p. 161.

²⁴ Idem, op. cit. p. 165.

²⁵ Assumimos aqui a perspectiva proposta por Suzy Theodoro na introdução à obra *Mediação de Conflitos Socioambientais*, RJ:Gramond, 2005.

²⁶ Diretora do PROCON no Rio Grande do Sul.

Enfim, considerando que o que se está a falar é de uma falta de diálogo, ou mesmo mediação, cabe lembrar também o ainda significativo descrédito reinante acerca da força vinculante dos “Juizados Especiais Cíveis”, com seus juízes leigos e que muitas vezes são considerados sem a força legalista tradicional para aplicação de multas com caráter pedagógico, conduzindo os infratores dos Direitos do Consumidor a preferir a multa a sanar a falha muitas vezes de informação em rótulos, quer sobre o conteúdo e as características dos produtos, como tem sido exemplo a colocação no mercado de soja transgênica sem informação, erva-mate sem informação sobre conteúdo de açúcar, etc., como bem disse Adriana Burguer²⁷.

5 Considerações Finais - A dupla perspectiva cultural e Social Na Efetivação Dos Direitos Fundamentais Sociais

Para encerrar as argumentações deste artigo sobre os muitos desafios à efetividade dos direitos fundamentais sociais, lembremo-nos de que, no Brasil, desde Mário de Andrade e sua obra *Macunaíma* as indiferenças entre os grupos que compõem a realidade brasileira estão estampadas na literatura, que

[...]

se, por um lado mostra a riqueza e a diversidade cultural existente, por outro, mostra o menosprezo para com o diferente, pois se acredita que as características de preguiça de *Macunaíma* são inerentes aos pobres e infelizes negros, e não de todos, incluindo aí os brancos ricos e cultos. Não há uma percepção que as influências climáticas atacam a todos, resultando que, ao rirmos de *Macunaíma*, rimos de nós mesmos²⁸.

Muniz Sodré, em “Diferença e Diversidade”²⁹,

[...]

coloca que sempre que a sociedade estabelece diferenciações, e, portanto comparações, essas diferenciações se dão com base em valores que poderão conter fatores de discriminação. Não é à toa que temos julgamentos prévios sobre as aparências das pessoas, o que pode ser notado pela seletividade, muitas vezes, nem sempre é claro, de uma abordagem policial sobre cidadãos.

Mas, por outro lado, Muniz Sodré³⁰ ressalta que temos muitas dificuldades de lidar com a “diferenciação”. E acrescentaríamos, com base em Gianni Vattimo, que embora os seres humanos sejam “eventos” em permanente transformação, tem-se a tendência a fazer uso do que Sodré denomina de “saber automático”, que, em outras palavras, são os estereótipos que, ao final, escondem preconceitos. Isso quer dizer, por exemplo, que não conseguimos perceber que nem todos os negros são iguais, que nem todos os brancos são iguais, que as pessoas se transformam no tempo, e que dentre os árabes, judeus, africanos e mesmo norte-americanos, existe muita heterogeneidade.

²⁷ Sobre todos os assuntos aqui abordados e em especial sobre a relação do *Poder Judiciário, Direitos Sociais e Racionalidade Jurídica*, ver a coletânea de Fernando Rister de Sousa Lima et alli (orgs.), publicada pela Elsevir, RJ, 2011.

²⁸ Muniz Sodré. *Diferença e diversidade*, p. 47. Em “*Metamorfoses da cultura contemporânea*. Fernando Schuler e Juremir Machado da Silva (orgs.) Porto Alegre: Edit. Sulina, 2006.

²⁹ Muniz Sodré, op. cit. p. 50-51.

³⁰ *Diferença e Diversidade*, op.cit.p. 51.

Por isso que, além de atendimento às necessidades básicas de sobrevivência do homem, dentre as quais se incluem indiscutivelmente o Direito à Saúde, à Educação, ao Trabalho, cada vez mais temos de nos dar conta de que as pessoas não são objetos fixos e estabilizados ou ligados no mesmo canal, e que na verdade sofrem um contínuo processo social e cultural de construção de suas identidades, o que termina por fazer com que umas sejam diferentes (e até radicalmente) das outras, devendo o Direito, que deve proteger as suas dignidades, atentar não somente para as suas necessidades básicas, mas também para suas necessidades culturais, num dar-se conta de que é preciso respeito também àquilo que orienta culturalmente a ação social dos sujeitos, como diria Weber.

Mas o movimento do Direito, no Brasil, embora todas as evidências das discriminações, caminha com muitas dificuldades, muitas resistências, muitas incompreensões. Daí a importância e o papel do que denominaríamos de “movimentos sociais” (hoje se fala em redes sociais) na construção do Direito brasileiro. Desde os anos sessenta no mundo, e particularmente anos setenta no Brasil, vários desses movimentos têm exercido um papel de proa na conquista de Direitos.

Esses movimentos, como são também de domínio acadêmico, representam a descoberta de sujeitos com identidade comum que, ao se darem conta das carências e do não atendimento das instituições a essas carências e desigualdades, estabelecem um projeto político comum de lutas pela reforma das Instituições.

De toda maneira, uma das possibilidades de se fazer avançar uma maior conscientização sobre o problema, pelo menos no que tange aos operadores jurídicos, talvez fosse o de revisar os currículos das Faculdades de Direito. Depois de dois momentos significativos, o da criação e da passagem de um ensino técnico para um ensino jurídico crítico, focado nas relações entre Direito e poder, deveríamos passar a um enfoque “sensibilizador” dos juristas para esses problemas sociais e multiculturais, para empregar aqui expressões de Michel Maffesoli.

Enfim, o debate sobre igualdade, diversidade e reconhecimento, que como se viu envolve os Direitos Sociais e os Direitos Culturais concomitantemente, por certo além de rico e complexo é bastante atual, pois certamente, como diriam os sociólogos Charles Taylor e Alain Touraine, são temas que estão simplesmente na ordem do dia.

Referências

FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de Justiça*. In: SARMENTO, D. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. Daniel Sarmento et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Rogério Gesta Leal. *Condições e possibilidades eficáciais dos Direitos Fundamentais Sociais – Desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Fernando Rister de Sousa, et al. (Org.). *Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade Jurídica*. Rio de Janeiro: Edit. Elsevir, 2011.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais como Justiça Distributiva*. In: *Direitos sociais, teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 141-162.

MARTINEZ, Gregório Peces-Braba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Sociologia judiciária*. Enfam / STJ, 2010. No prelo.

SCHULER, Fernando; SILVA, Juremir Machado da (Org.). *Metamorfoses da cultura contemporânea*. Porto Alegre: Edit. Sulina, 2006.

SODRÉ, Muniz. Diferença e Diversidade. In: *Metamorfoses da cultura contemporânea*. Porto Alegre: Edit. Sulina, 2006.

THEODORO, Suzy (Org.) *Mediação de conflitos socioambientais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Cinta Castillo Jiménez¹

1 Introducción

Los avances tecnológicos y su implantación en la sociedad actual nos están permitiendo presenciar y ser protagonistas del estallido de una nueva revolución, más fuerte que la revolución industrial y con la enorme diferencia de que si bien aquella fue vivida por unos pocos, esta tiene un carácter universal y es percibida por muchos.

Entre la Ilustración y nuestros días, desde la enciclopedia a la red, se ha ido gestando a una velocidad uniformemente acelerada el progreso científico y su aplicación a todos los ámbitos de la vida.

En un mundo con cerca de siete mil millones de seres humanos, la globalización o mundialización establece como presupuesto jurídico, por una parte, la ciudadanía común, universal, y por otro un espacio judicial sin fronteras. La globalización es obra de varios factores convergentes entre los que se encuentra la comunicación instantánea y exhaustiva a través de la informática y la telemática.

La libertad de comercio y la economía de mercado, también hacen posible la globalización de las necesidades.

La incidencia del desarrollo de las nuevas tecnologías en la sociedad ha sido tan importante, que se prevé que en los próximos años, en la mayoría de los países, más de la mitad de la población activa tendrá una ocupación que de una u otra forma dependerá de la informática. Hoy por hoy el ordenador es un instrumento que nos envuelve, pocas cosas existen en la actualidad que no tengan tras de sí un ordenador.

El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en nuestra sociedad contemporánea merece ser estudiado en distintos ámbitos, como es el de la sociología, la economía o el derecho, en este sentido se ha producido una auténtica revolución en el régimen jurídico internacional relativo a las transmisiones internacionales de datos personales. Los avances más espectaculares en telemática han facilitado la rapidez en el procesamiento, almacenamiento y distribución de datos personales a escala internacional, llegando a crear un mercado internacional de tratamiento de datos.

La idea de sociedad de la información engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, de importancia creciente en las naciones situadas en la vanguardia económica y cultural, a la que no pueden ser ajenos los poderes públicos².

¹ Profesora Doctora de Derecho Informático. Escuela Superior de Ingeniería Informática. Universidad de Sevilla.

² R.D. 1289/1999, de 23 de julio de Creación de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías.

Los servicios de la Sociedad de la Información pretenden cubrir una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea, bien sea la venta de mercancías, las comunicaciones comerciales o los instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

No podemos dejar de tener la visión de la Sociedad de la información y de la economía interrelacionadas a nivel mundial, fruto de la globalización, donde las tecnologías de la información y de las comunicaciones desempeñan un papel decisivo en la transformación en todos sus aspectos. La industria de los contenidos es un sector crucial en la sociedad de la información, incidiendo fundamentalmente en el empleo, la competitividad y los aspectos culturales.

Siendo los servicios de la sociedad de la información un importante vehículo de la identidad cultural y la diversidad lingüística europea. La libre circulación de información contribuye al desarrollo cultural de los pueblos.

Según la Directiva 2000/31/CE, la sociedad de la información es el resultado de la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones, y en especial de Internet, como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información.

La implantación de Internet ha producido incertidumbres jurídicas, que ha hecho necesario establecer un marco jurídico adecuado que sirva para generar en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de la Red.

La Sociedad de la Información en este marco universal genera una serie de actividades que tienen un soporte trascendente en los derechos fundamentales, en el ámbito de la libertad de expresión y el derecho a la información.

El derecho a la intimidad personal y familiar y la protección de los datos personales, el derecho a la imagen, la libertad informática, el derecho de autor y otros instrumentales como la libertad de empresa y la libre competencia en una economía de mercado.

2 El Derecho a la Intimidad y Sociedad de La Información

La información, que siempre ha sido valiosa, en nuestros tiempos se ha convertido en absolutamente necesaria, entre toda cobran especial relevancia los datos de carácter personal.

La dimensión del conocimiento científico plantea una dicotomía entre la conveniencia de saber y el temor de averiguar lo que no gusta. Así, podemos hablar en primer lugar de los peligros en relación a los derechos de la personalidad del individuo, fundamentalmente los ataques a su intimidad personal.

En 1968, por primera vez Naciones Unidas dicta una Resolución en torno a los peligros que pueden derivarse del uso de las nuevas tecnologías y la protección de los derechos fundamentales, como el honor y la intimidad. La Asamblea Parlamentaria recomendó al Consejo de Ministros estudiar los peligros que el uso de los equipos tecnológicos y científicos representaba para los derechos humanos.

De todos los aspectos nos centraremos en los peligros puestos de manifiesto y relacionados directamente con los bancos de datos que contienen información personal, sobre todo su uso a través de las redes telemáticas, porque afectan de forma más visible a los Derechos Humanos en lo que se refiere al Derecho al honor y la intimidad personal.

La intimidad, como derecho subjetivo, no consiste tan sólo en impedir la obtención y difusión por cualquiera de datos o circunstancias ajenas, sin el consentimiento del afectado, sino que se convierte en un derecho reaccional frente a la injerencia de los poderes públicos que pretendan imponer coactivamente un estilo de vida o modificar la conducta de los individuos en

la sociedad en la que viven. Se puede definir por tanto, como el derecho a ser dejado solo, derecho a la soledad libremente escogida.

También podemos hablar de los efectos de las nuevas tecnologías como instrumentos distintos a los descubiertos hasta ahora, que almacenan, planifican, regulan, controlan y transmiten la información, en este sentido se han producido consecuencias que afectan a los ciudadanos y sus opiniones, convirtiéndose en algo dirigible con la ayuda de los sistemas de información, estos sistemas permiten un control exhaustivo sobre las personas.

En este punto, podríamos hacer una reflexión sobre los ataques a la privacidad, refiriéndonos al acopio de informaciones singulares que forman parte de la intimidad de las personas, pero que no plantean riesgo de ataque a ésta por si solas.

El problema de indefensión y violación de la conocida ya como privacidad del individuo se produce cuando se combinan estas informaciones aparentemente inocuas, para sacar conclusiones a partir de este precipitado, que inciden directamente en el individuo.

Nos referimos a informaciones tales como las enfermedades sufridas durante la niñez, los ritmos de trabajo, el uso del dinero de plástico, etc. Las nuevas tecnologías permiten hacer los combinados a los que nos venimos refiriendo y pueden dar un retrato robot del candidato o candidata al puesto de trabajo, con el peligro incluso de que los datos manejados sean erróneos, o aún siendo ciertos, el resultado de su combinación no coincida con la personalidad del demandante.

Puede ponerse en peligro la dignidad humana y sus proyecciones, no sólo la garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino también el aspecto positivo que supone el pleno desarrollo de la personalidad. Los derechos comprendidos en este apartado y recogidos en nuestra Constitución, incluyen los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen. Estos derechos son inherentes a toda persona e inalienables y concretan el valor de la dignidad humana en el Estado social y democrático de derecho³.

Las legislaciones y la jurisprudencia de los Tribunales de los países de la Unión Europea y de EE.UU., han primado el reconocimiento del Derecho a la intimidad como valor esencial, que debe protegerse ahora de manera especial por el continuo avance tecnológico y sus repercusiones.

El concepto de privacidad, las amenazas que sufre, y los medios para lograrla, están cambiando como resultado de nuestra nueva vida basada en el ordenador y en la última década por la existencia de la Red de redes de comunicación.

La privacidad debe ser considerada como uno de los valores humanos fundamentales, que sirve a los ciudadanos para mantenerse libres, el hecho de preservar nuestras experiencias privadas es una labor importante sobre todo a la hora de recoger y utilizar la información.

3 La libertad en la Sociedad de la Información

La prestación de servicios de la Sociedad de la información se rige por el principio de libertad, y por tanto, no esta sujeta a autorización previa ni a ningún tipo de restricción por razones derivadas del ámbito normativo, según el Art. 6 de la Ley.

³ A. E. Pérez Luño, "Una concepción de la experiencia jurídica", *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

Esta norma se ve amparada por la propia Constitución en lo que se refiere a la libertad de expresión y el derecho de información en su doble vertiente.

Los límites se establecen en el Art. 8, como restricciones a la prestación de servicios, entre las que se encuentran la salvaguarda del orden público, la protección de la salud, el respeto a la dignidad de las personas y principio de no discriminación, así como la protección de la juventud y de la infancia.

Las medidas de restricción deben respetar en todo caso, las garantías normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, que protegen los derechos a la intimidad personal y familiar, la protección de datos personales, la libertad de expresión o la libertad de información.

Para garantizar la efectividad de la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de los datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente impedirá el acceso desde España ordenando a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o a través de solicitud motivada del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que se tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso.

Cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la Sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea distinto de España, el órgano competente requiere al Estado miembro en el que este establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas, de no hacerse se notificará a la Comisión europea, o al Comité mixto del espacio económico europeo y al Estado miembro para que se traten las medidas que se tienen intención de tomar.

Los requisitos y notificaciones se harán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de la información a las Comunidades Europeas.

Existen también problemas derivados de la dependencia de la sociedad respecto a los sistemas de información, hasta el punto de que el funcionamiento y la seguridad de la sociedad y el Estado esta en manos de un número extremadamente reducido de personas, haciéndose cada vez más patente el hecho de que la información es poder.

El progreso tecnológico puede ser portador de beneficios o de perjuicios, según como se encauce la voluntad humana, dando origen a nuevas situaciones que han provocado la necesidad de nuevas elecciones y decisiones, a veces angustiosas como en el caso de la ingeniería genética, el progreso no puede considerarse como un bien absoluto al que se sacrifican o subordinan los demás valores. La civilización tecnológica tras la segunda guerra mundial, ha reivindicado a través de la sociedad civil avances decisivos en el plano del reconocimiento y las garantías jurídicas de los derechos humanos en el marco planetario.

Existe una característica básica en común, que en su dimensión planetaria no se había dado hasta ahora, nos referimos a que nunca un derecho humano, como alguno de los proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas, había sido recogido en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados, como nunca hasta ahora la ciencia había llegado a ser patrimonio de todos los pueblos en sus aplicaciones tecnológicas como en el caso de las telecomunicaciones.

Hoy por hoy, factores como la velocidad, la potencia y la capacidad de almacenamiento de los ordenadores pueden suponer una seria amenaza al derecho a la intimidad y privacidad de las personas, riesgo que se ve aumentado cuando se facilita la comunicación entre terminales separados por miles de kilómetros, y no existiendo ningún impedimento técnico para el tratamiento de los datos personales.

Internet supone un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho, por una parte, permite concluir transacciones con empresas y consumidores situados en cualquier lugar del planeta, agiliza la comunicación entre las personas. Representa la libertad mundial de información y de la comunicación; es un sueño hecho realidad.

Por otro lado, todo conjunto de actividades sociales precisa una regulación, las legislaciones nacionales avanzan con mucho retraso con respecto a las nuevas tecnologías, esto hace difícil las respuestas legales a los numerosos litigios que pueden suscitar las operaciones en Internet. Por eso es también una pesadilla jurídica.

Un usuario de Internet español y residente en nuestro país, puede acceder a la red y contactar con una empresa alemana vendedora o prestadora de servicios, gracias al acceso a Internet proporcionado por la filial holandesa de un proveedor norteamericano. Las fronteras estatales se diluyen en Internet, la aldea global se ha hecho realidad.

4 Protección jurídica

La regulación de la Sociedad de la Información se hace imprescindible ante la aparición de nuevas actividades y también de nuevos actores e intermediarios.

Como dice el Profesor Pérez Luño “Los juristas debemos realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional”⁴.

La Unión Europea, a través de diferentes recomendaciones, decisiones del Consejo y Directivas, ha tratado desde hace más de una década, armonizar las legislaciones de los diferentes Estados miembros, sobre las materias que inciden en la Sociedad de la Información.

Los principios básicos de la protección son de naturaleza general y se aplican a todas las tecnologías de la información, por tanto, a todos los tipos de redes abiertas o cerradas, incluyendo Internet y sus integrantes, proveedores de acceso, de servicios y usuarios.

Las Leyes de Protección de Datos personales informatizados, que nacen para proteger al titular de la información en lo que se refiere a su intimidad personal, restringen la circulación no autorizada de datos que pueden representar una invasión de la esfera privada.

En Internet, se recomienda ampliamente a los usuarios, operadores y proveedores tomar todas las medidas necesarias antes de divulgar un texto o imagen que pueda suponer una violación del derecho a la intimidad.

El uso de la Red no ha aportado nada nuevo al conflicto de intereses que acabamos de esbozar, eso sí, ha hecho posible la difusión sin fronteras temporales ni espaciales de informaciones con las cuales se está dejando sin contenido la protección y garantía de derechos fundamentales, reconocidos por todas las legislaciones.

La Unión Europea, consciente de la necesidad de proteger a las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos de carácter personal y a la libre circulación de éstos ha aprobado las Directivas:

⁴ A. E. Pérez Luño, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

- 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de la telecomunicaciones.
- 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Las dos primeras Directivas han sido incorporadas ya al ordenamiento jurídico español, no habiéndolo sido aún la tercera.

La Directiva 95/46/CE dio origen a la Ley Orgánica 15/99, de protección de datos de carácter personal, que derogó a la LORTAD.

En la legislación de EEUU y Canadá la protección de la intimidad en la esfera pública esta garantizada como derecho constitucional de aplicación a las comunicaciones electrónicas y por tanto, a Internet. Esta protección constitucional se aplica a los órganos gubernamentales.

Las leyes que protegen el derecho a la intimidad en este ámbito en EEUU (*Electronic Communications Privacy Act*) y en Canadá (*Criminal Code*), requieren autorizaciones para las comunicaciones electrónicas, de forma que la policía no puede interceptar el contenido del correo electrónico ni hacer transferencias a través de FTP o Telnet sin una orden que lo permita.

La legislación europea contempla en los ordenamientos de cada uno de los países la protección que se da desde las distintas Constituciones y las normas de desarrollo de éstas dedicadas a la protección del derecho a la intimidad, así como el Convenio europeo de derechos humano.

La sección octava del Convenio garantiza el derecho a la intimidad y confidencialidad de la correspondencia, esto supone que las autoridades deben garantizar el respeto a la intimidad entre los ciudadanos, y así mismo abstenerse de toda interferencia, a menos que se den circunstancias excepcionales que deben estar previstas por Ley. Esta interferencia debe ser necesaria y proporcionada dentro de las normas de una sociedad democrática, y tener como objeto la seguridad nacional, el orden público, la prevención delictiva, la protección de la salud, de los derechos y libertades de las personas.

De esta forma, quedan limitados los casos en los que la autoridad pública europea puede quebrantar los derechos relativos a la intimidad, el honor y la propia imagen.

En 1978, la Corte Europea de Derechos Humanos asumió que aunque la sección octava del Convenio no hace alusión a las conversaciones telefónicas, éstas si forman parte y gozan de la misma protección a los efectos del derecho de intimidad y lo que se entiende por correspondencia.

La legislación francesa en lo que se refiere a la confidencialidad de la correspondencia transmitida a través de las telecomunicaciones establece, que los casos en los que las autoridades públicas pueden grabar el contenido de la información transmitida, o rastrear el marcado de los números telefónicos deben ser estipulados.

De esta forma, la Ley limita la violación de los derechos de confidencialidad a casos de necesidad justificada por cuestiones de interés público. Por tanto, sólo es posible en el contexto de una petición legal y sólo se autoriza en caso de una ofensa suficientemente seria fundamentada en una de las bases legales de interpretación enumeradas en la sección tercera de la Ley, como puede ser la prevención del terrorismo.

De manera similar encontramos la redacción de la *Interception of Communications Act* inglesa de 1985, que permite la interceptación por razones de seguridad nacional o de prevención y detección de delitos que sean lo suficientemente graves.

La garantía de la confidencialidad entre particulares es más extrema, porque en este caso son las sanciones penales las que se aplican para castigar las violaciones al derecho a la intimidad.

En EEUU, el Derecho a la intimidad se encuentra en el Derecho consuetudinario, fuera del reconocimiento constitucional, así se entiende que “cualquiera que invada intencionadamente, física o de cualquier otra forma el aislamiento de otro, en lo que se refiere a sus asuntos privados, queda sujeto a la responsabilidad por invasión de la intimidad”.

Teniendo en cuenta que este agravio se aplica a un lugar privado, se puede deducir su aplicación a los archivos informáticos guardados en un lugar privado, así la jurisprudencia aplicada a las escuchas telefónicas, y a la interceptación del correo personal, autoriza esta amplia interpretación.

En el ámbito legal inglés la medida básica referente a la interpretación de información es el *Interception of Communications Act* de 1985, que sanciona penalmente a cualquier persona que intercepte una comunicación durante su transmisión por correo o a través de las telecomunicaciones.

En nuestro país, la protección de datos e carácter personal en la transferencia internacional de éstos se regula a través de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo en lo que respecta al tratamiento de los datos y la libre circulación de éstos. Por la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y por la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos⁵.

5 La Protección de los datos personales como Derecho Fundamental

En el ámbito europeo, la mayoría de los Estados cuentan con regulaciones sobre protección de datos, adaptadas al ordenamiento europeo sobre la protección de las personas físicas respecto a la protección de sus datos personales y de la libre circulación de éstos, según acordó el Parlamento y el Comité el 24 de octubre de 1995.

La Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos⁶, creó el Grupo de Trabajo sobre protección de las personas, este grupo tiene la obligación de facilitar a la Comisión, al Parlamento Europeo y al Consejo un informe anual sobre el estado de protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos de carácter personal en la Comunidad y en terceros países.

El grupo se compone de representantes de las autoridades nacionales independientes encargadas de la protección de datos y un representante de la Comisión.

⁵ Emilio del Peso Navarro, “Comercio electrónico y protección de datos”, *Servicios de la Sociedad de la Información*, Díaz de Santos, Madrid, 2003.

⁶ M. Heredero Higuera, *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, Aranzadi, Madrid, 1997.

Una de las funciones principales del Grupo de Trabajo es la de formular dictámenes sobre el nivel de protección en la Unión y en los terceros países, y emitir recomendaciones sobre cualquier cuestión referente a la protección de las personas con respecto al tratamiento de los datos personales.

Tomando la Directiva como punto de partida y teniendo en cuenta las disposiciones de otros textos internacionales sobre la protección de datos, debemos referirnos a un núcleo de principios de contenido de protección de datos y requisitos de procedimiento y de aplicación cuyo cumplimiento debe considerarse un requisito mínimo para juzgar la adecuada protección.

El grado de riesgo para el interesado, en caso de transferencia internacional supone un factor importante para determinar los requisitos concretos en un caso determinado.

No podemos perder la visión de la Sociedad de la Información y de la economía interrelacionadas a nivel mundial, fruto de la globalización, donde las tecnologías de la información y de las comunicaciones desempeñan un papel decisivo en la transformación en todos sus aspectos.

Vivimos en el albor de una nueva era, donde el músculo es sustituido por el conocimiento, la presencia física de un objeto por lo intangible y la materialidad por la realidad virtual⁷.

6 Principios que rigen la protección de las personas a través de sus datos

Los principios fundamentales de la protección de las personas a través de sus datos personales son:

- La finalidad con que se recaban y usan los datos como principio de limitación de objetivos. Los datos deben tratarse con un objetivo específico y posteriormente utilizarse o transferirse únicamente en cuanto ello no sea incompatible con el objetivo de la transferencia.
- La proporcionalidad y la calidad. Los datos deben ser exactos y estar actualizados, deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al objetivo para el que se transfieren o para el que se tratan posteriormente.
- La transparencia en la información, y en la recogida de los datos. Debe informarse a los interesados sobre el objetivo del tratamiento, así como de la identidad del responsable del fichero.
- La seguridad. El responsable del tratamiento debe adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos y establecidas en la Ley.

La aplicación del ordenamiento europeo protege la creación de archivos usando datos recopilados a través de Internet, la transferencia a través de la red y la agrupación e interconexión de tales archivos conectados a través de ella. Entendiéndose por dato personal toda información concerniente a una persona física, identificada directa o indirectamente, así como a las imágenes y sonidos digitalizados.

La Ley de la Sociedad de la información define el procesamiento, como cualquier operación o serie de operaciones realizadas y aplicadas a los datos personales como son, la recolección, grabación, organización, almacenamiento, adaptación, extracción, consulta, uso, comunicación, transmisión, radiodifusión o cualquier otro medio de provisión de datos, correspondencia o interconexión, borrado o destrucción de los datos.

⁷ Domingo Carbajo Vasco, *Informe sobre el impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española*.

La solicitud de información en Internet, la consulta de archivos de datos personales, el intercambio de mensajes en grupos de interés, y una gran cantidad de operaciones son consideradas como procesamiento en red.

Los países de la Unión Europea garantizan a los titulares de la información, el derecho de acceso, conocer la identidad del responsable del fichero, y el uso que se dará a los datos procesados, así como, el derecho a corregir la información incorrecta o incompleta.

Cuando se transmite un mensaje que contiene datos personales, a través de Internet es el emisor y no la parte que ofrece el servicio el responsable del procesamiento.

El proveedor del servicio es responsable del proceso adicional, necesario para cumplir su labor.

7 Sentencia 292/2000 de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional

A partir de la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, la protección de los datos de carácter personal adquiere en España el carácter de derecho fundamental independiente del derecho a la intimidad.

Esta Sentencia establece que la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede al ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE, y que se traduce en el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

La libertad informática se traduce en el derecho a controlar el uso de los datos personales insertos en un programa informático, a través del “habeas data” y comprende entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

El derecho fundamental a la protección de datos, atribuye a su titular facultades para imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos regulada por Ley que desarrolla los arts. 18.4, 81.1 y 53.1 de la CE.

El derecho a la intimidad como derecho fundamental, protege frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, para impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y derecho como afectado.

En definitiva, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno y el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos el poder de disposición sobre sus datos.

Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, así como el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información.

Para que el titular de la información pueda disponer de sus datos, es imprescindible que sepa que datos son los que se conocen, quiénes los poseen y con qué fin. El derecho a la protección de datos personales es más amplio que el propio derecho a la intimidad, porque si bien, este se extiende a los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada y permite el pleno ejercicio de los derechos de la persona.

El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos datos que sean relevantes en el ejercicio de los derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales, por tanto sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos alcanza a los datos personales públicos, es decir todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de su titular, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole que constituya una amenaza para el titular.

Otra peculiaridad del derecho fundamental a la protección de datos es la de atribuir al titular de los datos un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad.

Estos deberes jurídicos se materializan en derechos como el de consentimiento del titular, el de información sobre el destino de los datos, el derecho de acceso y el de rectificación y cancelación, en definitiva todos los que garantizan el poder de disposición sobre los datos personales por parte de su titular.

Podemos concluir, que el derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los propios datos personales que faculta a la persona a decidir cuales de estos datos esta dispuesto a proporcionar a un tercero, ya sea el Estado o un particular.

Por tanto, los elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales, son los derechos que garantizan la información, el acceso y el poder oponerse a la posesión y uso.

La autodeterminación informativa nace como la expresión máxima de control sobre los datos personales que puede tener el interesado. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1983 por la que se declaraba inconstitucional algunos aspecto de la Ley del Censo.

A través del derecho de información y acceso, de rectificación y de cancelación de la información se hace posible el ejercicio de la autodeterminación que no es total, pues no podemos desaparecer de los bancos de datos de las Administraciones a las que nos vemos obligados a prestar nuestros datos personales.

Nuestra Legislación permite en los demás casos controlar que información tienen los demás sobre nosotros y cual queremos que tengan.

Existe un cauce procesal para llevar a cabo la autodeterminación informativa conocido como "Habeas Data", que permite el conocimiento de la información que tienen sobre nosotros y que permite a partir de esa información ejercer el resto de los derechos incluidos en la Ley de Protección de Datos.

La institución que sirve como instrumento por el que se hace posible el ejercicio de los derechos, es la Agencia de Protección de Datos, a través de la cual se hacen las consultas y las reclamaciones en todo lo que concierne a la protección del derecho fundamental de la intimidad personal.

NUEVOS RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA: LA DENOMINADA “LEY SINDE”

Rafael Báez Serrano¹

1 Introducción

España, al igual que el resto del mundo, vive actualmente, y desde hace tiempo, momentos difíciles para la protección de la propiedad intelectual, derechos de autor y derechos afines o conexos. Debido al auge de internet en los últimos años, y el fenómeno de la distribución de material protegido por derecho de autor en el mismo, los titulares de estos derechos reclaman una mayor seguridad para la defensa de sus legítimos intereses y evitar, según ellos, una tragedia que acabe con gran parte de la industria cultural, que no con la cultura propiamente dicha, añado yo.

Para ello, el Senado primero, con fecha de 9 de febrero de 2011, y el Congreso de los Diputados después, el 15 de febrero del mismo año, a pesar de haber sido rechazada en esta misma Cámara el 21 de diciembre de 2010 en la Comisión de Cultura, se aprobó la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo) la cual incluye la controvertida Disposición Final Cuadragésima Tercera, que ha sido denominada extraoficialmente como “Ley Sinde” en dudoso honor a la Ministra de Cultura, Ángeles González-Sinde.

2 Protección de la Propiedad Intelectual en España Hasta la Ley 2/2011

La propiedad intelectual, hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, estaba protegida por una doble vertiente:

Vía penal. Se regula en los artículos 240 a 242 del Código Penal. En concreto, el artículo 240 CP establece que será castigado *«quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios»*. A través de este artículo, son numerosas las denuncias ante juzgados de instrucción a causa de la distribución y comunicación pública de material protegido por derecho de autor a través de internet, en descarga directa, enlaces a otras páginas webs o archivos y a través de redes *peer-to-peer*. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/20062, se pronunció a este respecto, dejando claro la inexistencia de ilícitos penales en estos casos a través de transferencia de archivos vía internet, así como libraba de responsabilidades a los proveedores de servicios de la sociedad de la información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio. Hay abundantes sentencias y autos de

1 Licenciado en Derecho. Mestrando en Relaciones Jurídico-Privadas. Universidad de Sevilla.

2 <http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf>

Juzgados de Instrucción, de lo Penal y Audiencias Provinciales, pronunciándose en los mismos extremos³.

Por vía civil. Según el artículo 86ter.2.a, de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a propiedad intelectual conocerán los Juzgados de lo Mercantil. Su protección la encontramos, principalmente, en el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento correspondiente. En el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se regulan las acciones contra las infracciones en materia de propiedad intelectual, que van desde las medidas cautelares de carácter urgente (en concordancia con la Ley de Enjuiciamiento Civil se podrán solicitar incluso *inaudita parte*, sin audiencia del demandado, para medidas de carácter muy urgente, artículo 733 LEC) hasta las acciones de cesación de infracción y de indemnización por daños y perjuicios, por lo que por vía civil también estarían protegidos los titulares de los derechos protegidos en este mismo Texto Refundido. La propia circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 antes mencionada, al negar la ilicitud penal de la transferencia de archivos, redes *peer-to-peer* y webs de enlaces, lo hacía sin perjuicio de que sí pudiese constituir objeto de un proceso civil.

Por lo que podemos observar que en la materia fundamental para la que ha sido concebida la “Ley Sinde”, como veremos a continuación, ya estaba cubierta, hasta ahora, por las distintas jurisdicciones, y siempre con las garantías judiciales que exige un Estado de Derecho.

3 La Denominada “Ley Sinde”

La “Ley Sinde” nace con la intención de otorgar una mayor garantía a los titulares de los derechos de autor, debido, entre otras cosas, a la negativa sistemática por parte de los tribunales de conceder la protección demandada por los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a administradores y *webmasters* de diferentes sitios web desde los cuales es posible encontrar enlaces para la descarga directa o mediante redes *peer-to-peer* de archivos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual, al no considerar los tribunales que ese tipo de conductas sean ilícitas.

Para el mejor estudio y comprensión de esta Disposición Cuadragésimo Tercera de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, podemos dividirla en dos bloques: la Comisión de Propiedad Intelectual y la nueva competencia judicial.

A. LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La “Ley Sinde” modifica el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual regulaba hasta ahora la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Con la reforma, esta Comisión será la Sección Primera de la nueva Comisión de Propiedad Intelectual.

La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual es la que más controversias genera. La Comisión se atribuye competencias decisorias sobre la ilegalidad por contenidos contrarios a los derechos de propiedad intelectual de una página web. Según el texto, el plazo máximo para el cierre de una página web sería de 14 días (2 para requerir al supuesto infractor, 2

³ Auto del Juzgado de Instrucción nº de Madrid, de 28 de septiembre de 2007, caso *Sharemula*; Auto núm. 364/10, AP de Madrid, Secc. 1ª, de 27 de abril de 2010, caso *Rojadirecta*; Auto AP de Huelva, Secc. 1ª, de 1 de septiembre de 2010, caso *Etmusica*; *ad exemplum*.

para que retire los contenidos o haga las alegaciones oportunas, 2 días para la práctica de prueba, 5 para conclusiones finales y 3 días para dictar la resolución), aunque para la ejecución de cierre necesitará previa autorización judicial, que veremos posteriormente. La Comisión estará compuesta por miembros de diferentes Ministerios, presididas por el Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en quien delegue.

Una de las grandes críticas que se realizan a esta Ley es precisamente esta Comisión. Por qué de la creación de esta Comisión. La propiedad intelectual es una propiedad de contenido eminentemente patrimonial, aunque también contiene derechos morales del autor, pero lo buscado principalmente por esta ley es la protección de los derechos patrimoniales, como queda latente en su tenor literal, *«la Sección (Segunda) podrá adoptar las medidas (...) siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial»*. Es difícilmente comprensible que otro tipo de derechos de naturaleza patrimonial, de relaciones entre particulares, sea protegido por una Comisión de la Administración Pública, ya que ésta debe velar, según el artículo 103 de la Constitución, por los intereses generales, no siendo este caso, de ninguna manera, una protección que favorezca el interés general, sino el interés de un colectivo en particular.

A su vez, durante la tramitación del expediente no aparece ningún órgano judicial, sino que éste sólo actuará para la ejecución de la decisión de la Comisión, en los términos que trataremos en el siguiente apartado, aunque lo dispuesto en esta regulación se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes, por lo que la propia Ley sigue dejando vigente, en cierto modo, la regulación civil y penal antes vista, pero otorga un plus de protección a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, que después de acudir a la Comisión para el cierre de la página conflictiva, podrá acudir igualmente a la vía civil o penal para reclamar nuevamente sus derechos, pudiendo llegar a darse el caso de que se dicten resoluciones contradictorias entre la Administración y los órganos judiciales, dando lugar a situaciones de inseguridad jurídica.

El funcionamiento final de esta Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones propias del mismo serán determinados de forma reglamentaria, algo que aún debe regularse.

La Comisión sólo actuará a instancia de parte, es decir, del propio titular de los derechos de propiedad intelectual o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio. A pesar de esta redacción, indicando *«a persona que tuviera encomendado su ejercicio»*, entiendo que, como hasta ahora, estarán legitimadas para la petición de apertura de expediente ante la Comisión las Entidades de Gestión autorizadas por la Administración, que gozan de una legitimación especial, debido a que sólo tienen que presentar sus estatutos y la autorización de la Administración para poder actuar en nombre de un titular de derechos de propiedad intelectual, siempre y cuando estos derechos estén comprendidos en el objeto y fines de la Entidad de Gestión en cuestión, sin tener que presentar ninguna autorización más ni siquiera el contrato de gestión, como está admitido en abundante jurisprudencia⁴, por lo que si están autorizadas a actuar ante los tribunales, es comprensible pensar que también lo estarán para actuar ante esta Comisión.

⁴ SSTS 880/1999, de 29 de octubre; 1208/2001, de 18 de diciembre; 428/2007, de 16 de abril, entre otras

B. LA NUEVA COMPETENCIA JUDICIAL

Como ya he adelantado anteriormente, y sin perjuicio de la vía civil y penal, el nuevo procedimiento que se habilita para la protección de esta clase de derechos es el contencioso-administrativo.

La Disposición Final Cuadragésimo Tercera modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en algunos de sus apartados, atribuyendo el conocimiento de todas las cuestiones relacionadas con la Comisión de Propiedad Intelectual, así como la autorización del artículo 8.2 de la Ley 34/2002, que veremos seguidamente, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Así mismo introduce un nuevo artículo en dicha Ley, el 122 bis, con dos apartados:

Apartado 1. Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo serán los competentes para resolver la autorización a la que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El artículo citado también es de nueva creación, a través del apartado número “dos” de la presente Disposición Final. Este artículo 8.2 faculta para pedir, a través de los Juzgados ya mencionados, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información a través de los prestadores de servicios, estando éstos obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación del usuario, en el caso de que se conceda la autorización, mecanismo novedoso hasta ahora, ya que según el artículo 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, sólo se procederá a la cesión de datos por parte de los prestadores de servicios, previa autorización judicial, a los agentes facultados, siendo éstos los miembros de las Fuerza y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el ámbito del artículo 547 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativo al auxilio de estos Cuerpos en la averiguación de delitos, y puesto que estamos dentro de un procedimiento administrativo, que nada tiene que ver con un delito (que, sin embargo, como debemos recordar, este procedimiento se lleva a cabo sin perjuicio del proceso penal, en su caso), no encuentro oportuno la introducción de este nuevo apartado, ya que, en el caso de que se llevara a cabo, incluso con alguna otra reforma, rebaja a la categoría de delincuentes a un grupo que, según reiterados pronunciamientos de los juzgados de instrucción, juzgados de lo penal y audiencias provinciales, no tienen absolutamente esa condición. Según el tenor literal del apartado 1 del artículo 122 bis, el Juzgado *«dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución»*, por lo que el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo debería ceñirse al estudio de estos dos preceptos (derecho al honor, intimidad y propia imagen y la garantía del secreto de las telecomunicaciones) para dictar resolución, previa audiencia del Ministerio Fiscal (que no dictamen vinculante). En todo caso, no encuentro conveniente esta autorización por los motivos ya argüidos.

Apartado 2. El apartado número dos del nuevo artículo 122bis hace referencia a la autorización judicial previa a la que antes se hizo referencia cuando se mencionó la ejecución de la decisión por parte de la Sección Segunda de la Comisión. Este apartado establece que, para ejecutar las medidas de interrupción de prestación de servicios o para la retirada de contenidos de las páginas webs infractoras, será necesaria la autorización de la autoridad judicial competente, que en virtud de las modificaciones realizadas por esta Disposición Final en la Ley 29/1998 serán, como ya hemos mencionado, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, a mi entender, tampoco esta inclusión de la autoridad judicial otorga las garantías suficientes al proceso, debido a que introduce una cláusula según la cual el tribunal competente se pronunciará sólo de las cuestiones establecidas en el propio apartado dos.

¿Cuáles son las cuestiones recogidas en el apartado dos, de obligado pronunciamiento por parte de la autoridad judicial? El segundo párrafo de este apartado establece que *«acordada la medida por la Comisión, solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución»*, por lo que sólo se pronunciará sobre este extremo, es decir, si la medida acordada por la Comisión vulnera alguno de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 de la Constitución, a saber, en relación a este caso en particular, a mi entender, por un lado al derecho *«a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»*, y por otro *«a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»* ya que los otros derechos que se recogen en el mencionado artículo no les veo cabida dentro de una controversia por este asunto. La autoridad judicial deberá resolver si la medida adoptada por parte de la Comisión ataca a alguno de los derechos ya mencionados, un campo de actuación bastante limitado y que, ciertamente, será difícil que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo aprecien vulneración de alguno de esos derechos, ya que la comunicación de un *link* o enlace web no puede encuadrarse dentro de ninguno de los derechos que reconoce el artículo 20 de la Carta Magna.

En todo caso, el tribunal no podrá conocer del fondo del asunto, no podrá decidir sobre si la medida adoptada por la Comisión es ajustada a Derecho, ya que tiene ese ámbito de actuación tan limitado. Para ello, el propio perjudicado será quien tenga que acudir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, ya que *«las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa»*.

4 Conclusiones

La protección de la propiedad intelectual en España necesita ser reformada, debido a que los titulares de los derechos contenidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ven a menudo vulnerados los mismos debido a todos los avances técnicos, tecnológicos e informáticos. Sin embargo, ésta no es la vía a seguir.

La reforma de la protección debería ir encaminada a una agilización y especialización de los jueces y del sistema judicial en este sentido. La Administración no debe entrar a valorar y decidir este tipo de soluciones entre particulares, problemas de índole eminentemente patrimonial, y menos aún tomar medidas mediante las cuales rebaje a todo supuesto infractor a la categoría de delincuente cuando, después de reiterados pronunciamientos judiciales, y de una Circular de la Fiscalía General del Estado, ha quedado demostrado que no es así.

Aún queda mucho camino por recorrer en la protección de la propiedad intelectual, y sobre todo hace falta legislar mejor. Habrá que esperar aún a la realización de la reglamentación prevista en esta Disposición Final Cuadragésimo Tercera para comprobar la efectividad real de esta regulación y su acogida también por los tribunales, después de verse relegados a un segundo plano y con un ámbito de actuación bastante limitado.

PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL DO SÉCULO XXI¹

José Melo Alexandrino²

Da primeira vez em que procurei traçar uma comparação entre os dois sistemas de direitos fundamentais, o português e o brasileiro, concentrei a análise nas zonas de diferença, aí identificadas a partir do tratamento dos direitos fundamentais no texto da Constituição portuguesa de 1976. Diziam essas diferenças respeito aos seguintes aspectos: à maior preocupação revelada pelo constituinte português ao nível da sistematização e da positivação dos direitos fundamentais; à divisão estabelecida na Constituição portuguesa entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais; à diferente configuração dada à cláusula aberta; e ao desenvolvimento concedido às regras sobre direitos fundamentais³.

O propósito desta segunda incursão é distinto: pretendo fornecer um panorama geral das perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil no século XXI, utilizando para o efeito uma grelha de análise construída em sucessivos planos, do mais distante para o mais próximo (no sentido do mais interno ao sistema jurídico), sendo esses planos (i) o da avaliação externa, (ii) o político-constitucional, (iii) o da jurisprudência e (iv) o da dogmática constitucional; no final, procurarei ainda demarcar alguns dos principais déficits e desafios dos dois sistemas, em perspectiva comparada.

1 O plano da avaliação externa

Tendo em conta que os direitos fundamentais não interessam unicamente ao sistema jurídico, nem podem por este ser integralmente explicados⁴, tem algum interesse começar o nosso percurso pela observação de um conjunto de dados provenientes do exterior, designadamente de relatórios internacionais promovidos por organizações como a Freedom House ou a Human Rights Watch⁵.

¹ Texto revisto da comunicação apresentada no Seminário Internacional “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, organizado pelo Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em colaboração com a Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), entre 26 e 27 de janeiro de 2011.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³ José de Melo Alexandrino, *Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição federal brasileira de 1988* (2010), texto acessível em <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ksdZrMw1PRw%3d&tabid=332>> (25 JAN 2011).

⁴ Para uma recente afirmação desta tese, no plano paralelo dos direitos humanos, José Melo Alexandrino, *Hermenêutica dos direitos humanos* (2011), p. 2, texto acessível em <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=b96TGUfjqPU%3d&tabid=332>> (25 JAN 2011).

⁵ Temos recorrido a esse tipo de informação, como puro instrumento auxiliar [assim, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007, p. 10, nota 1; Id., «Controlo jurisdicional de políticas públicas: regra ou excepção?», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII (2011), p. 145-167 (no prelo)].

1.1 No início do século XXI, o Brasil surgia no relatório anual “Freedom in the World 2000” da Freedom House como sendo um país *parcialmente livre*, com a classificação de 3, tanto nos direitos políticos como nas liberdades⁶; entretanto, nos relatórios mais recentes, a situação modificou-se e o Brasil surge agora qualificado como *livre*, com a classificação de 2⁷: houve, portanto, nesta década e neste início do século XXI um salto qualitativo inquestionável do Brasil.

Portugal, por seu lado, tanto em 2000 como em 2010, surge nesses relatórios como país *livre*, com a classificação de 1, tanto nos direitos políticos como nas liberdades.

Em termos da substância, e centrando-nos apenas nos dados mais recentes, são apontados no Brasil os problemas da corrupção⁸, da elevada taxa de homicídios, dos números da violência policial, da sobrecarga do sistema judiciário, da sobrelotação das prisões e ainda problemas relativos à existência de trabalho forçado e trabalho infantil⁹.

Quanto a Portugal, dá-se igualmente nota da corrupção¹⁰, da ineficiência do sistema de justiça, de episódios de censura na televisão (e outros envolvendo a imprensa), bem como dos números da violência doméstica¹¹.

1.2 Quanto às apreciações da Human Rights Watch, tal como vem sucedendo nos últimos anos, não há no Relatório de 2010 informação específica relativamente a Portugal (integrado apenas na apreciação feita à União Europeia).

Já a respeito da situação brasileira, o Relatório começa por referir que o Brasil consolidou o seu lugar como uma das democracias mais influentes dos últimos anos, tanto no plano regional como global, mas logo acrescentando que o país tem pela frente ainda alguns importantes desafios em matéria de direitos humanos, designadamente¹²: a *segurança pública e o comportamento das polícias* (ainda que salientando, como progressos, o facto de em 2010 o Procurador Geral do Estado de São Paulo ter dado o importante passo da criação de uma unidade especial de procuradores destinada a investigar todos os casos que envolvam alegado abuso policial, bem como a instalação desde 2008, no Rio de Janeiro, das Unidades de Polícia Pacificadora), as *execuções extrajudiciais, a tortura, o trabalho forçado, a violência exercida sobre povos indígenas e trabalhadores sem terra, as condições desumanas* do sistema prisional (ainda

⁶ Neste mapa da Freedom House, os países estão ordenados numa escala de 1-7, sendo que 1 representa o mais elevado nível de liberdade e 7 representa o nível mais baixo de liberdade; por outro lado, esses *rankings* tendem a sobrevalorizar os direitos de liberdade, em detrimento dos direitos sociais.

⁷ Assim, a síntese do relatório de 2010 relativo ao Brasil, acessível em <http://www.freedomhouse.org/inc/content/pubs/fiw/inc_country_detail.cfm?year=2010&country=7788&pf> Acesso em: 25 jan. 2010.

⁸ O país está classificado no lugar 75 em 180 países, no índice de percepção da corrupção da “Transparência Internacional”.

⁹ Desse tipo de dificuldades dava identicamente nota o Segundo Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil 2000 - 2002”, elaborado sob a responsabilidade da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (cfr. *Segundo Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil 2000 – 2002*, São Paulo, Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, 2002), edição em pdf acessível em <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/II%20Relat%C3%B3rio%20Nacional%20de%20Direito%20Humanos.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2010; para um confronto com os dados do terceiro relatório, cfr. <<http://www.iea.usp.br/3relatorioidireitoshumanosbr.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2010.

¹⁰ Também aqui se registra que o país está classificado no lugar 35 do referido índice da Transparência Internacional.

¹¹ Dados identicamente disponíveis em <<http://www.freedomhouse.org>> Acesso em: 25 jan. 2010.

¹² Acessível a partir de <<http://www.hrw.org/en/node/87511>> Acesso em: 25 jan. 2010.

que referindo, também aqui, o papel do Conselho Nacional de Justiça, que nos três últimos anos ordenou a libertação de mais de 25 000 presos ilegalmente detidos).

Relativamente a esse último aspecto, a denúncia da *gravíssima situação das prisões* no Brasil tem sido feita não só por este tipo de relatórios, externos e internos, mas também pelo Tribunal Americano dos Direitos do Homem, por Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Comissão da Pastoral das Prisões e, não menos, por dois marcantes discursos proferidos em 2010, um pelo anterior e outro pelo actual Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2 O plano político-constitucional

2.1 No plano político-constitucional, surpreendido com o “11 de Setembro”, Portugal inaugurou o século XXI não só com a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, mas também com um *formidável exercício de compressão* de uma série de direitos, liberdades e garantias (designadamente em matéria de entrega, expulsão e extradição e da inviolabilidade do domicílio)¹³, de tal modo que este *evidente retrocesso*¹⁴ promovido pela revisão constitucional de 2001 chegou a ser acusado por um sector da doutrina de ter franqueado o limite da constitucionalidade¹⁵.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional português proferiu em 2002 uma das suas mais marcantes decisões de *política constitucional*, ao ter solenemente reconhecido, no acórdão n.º 509/2002, o direito ao mínimo de existência condigna, embora o exercício tenha tido um preço talvez demasiado elevado: o da redução do valor jurídico dos direitos económicos, sociais e culturais expressamente consagrados na Constituição (v. *infra*, n.º 3.1.).

Neste momento, está em curso um processo de revisão ordinária da Constituição, cuja questão mais importante é talvez a da *sustentabilidade do Estado social*, destacando-se nessa matéria a proposta de eliminação da “tendencial gratuitidade” do serviço nacional de saúde (no artigo 64.º, n.º 1, da Constituição); por seu lado, merece também registo o facto de os partidos políticos continuarem a apresentar dezenas e dezenas de propostas de alteração a disposições de direitos fundamentais¹⁶.

2.2 No Brasil, da observação das quatro dezenas de emendas constitucionais aprovadas já no século XXI, um quarto das quais com incidência directa na matéria dos direitos fundamentais, resultam pelo menos as seguintes três marcas essenciais:

- (i) A constitucionalização no artigo 6.º de dois novos direitos sociais, o direito à moradia (pela emenda constitucional n.º 26, de 2000) e o direito à alimentação (pela emenda constitucional n.º 64, de 2010), bem como o aditamento no artigo 7.º do inciso XXV, garantindo a assistência gratuita aos filhos e dependentes até

¹³ Sobre o assunto, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, 2006, p. 818 ss.

¹⁴ José Carlos Vieira de Andrade, «Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois», in: *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V (2006), pp. 125, 126 [121-141].

¹⁵ Assim, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 2008, p. 868.

¹⁶ Sobre a fenomenologia subjacente e a respectiva avaliação, José de Melo Alexandrino, «Reforma constitucional – lições do constitucionalismo português», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. II, Coimbra/Lisboa, 2010, p. 9-35.

cinco anos de idade em creches e pré-escolas (emenda constitucional n.º 53, de 2006);

- (ii) A criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (emenda constitucional n.º 31, de 2000), fundo cujo prazo de vigência foi recentemente prorrogado (emenda constitucional n.º 67, de dezembro de 2010);
- (iii) A série de alterações introduzidas em 2004 (pela emenda constitucional n.º 45), que, por um lado, aditou um novo inciso (o LXXVIII) e dois parágrafos ao artigo 5.º da Constituição federal (um sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos aprovados por maioria agravada de três quintos dos votos e outro sobre a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional) e, por outro, operou um importante conjunto de alterações no sistema judiciário, com relevantes modificações de diversos mecanismos processuais (num sentido de racionalização, objectivação e reforço da vertente concentrada do modelo de controle da constitucionalidade), mas também no sentido da eficiência, transparência e prestação de contas.

3 O plano da jurisprudência

Relativamente ao prisma da jurisprudência, permito-me retomar uma síntese feita recentemente sobre os rumos da jurisprudência portuguesa e brasileira em matéria de direitos económicos, sociais e culturais¹⁷.

3.1. No contexto de uma Constituição que optou pela “consagração acoplada de direitos sociais e de políticas públicas”, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português¹⁸ em matéria de direitos sociais pode talvez ser sintetizada nas palavras contenção, diferenciação e perplexidade.

Contenção, na medida em que a mesma revela em geral uma clara condescendência relativamente às margens de opção política: por um lado, porque, apelando às ideias de autorrevisibilidade, flexibilidade e ponderação holística, tem deixado praticamente à mercê do legislador a realização da dimensão principal desses direitos (mesmo relativamente ao núcleo de direitos fundamentais considerados básicos por apelo ao *standard* internacional); por outro, porque, salvo na intermitente utilização do parâmetro da proporcionalidade¹⁹, não soube retirar consequências jurídicas relevantes da dimensão negativa reconhecida a certos direitos sociais.

Diferenciação, na medida do favor concedido a um *núcleo restrito* de direitos sociais, mas também na medida do reconhecimento da *natureza análoga* (a direitos de liberdade) de certas dimensões dos direitos sociais e da afirmação de um eventual conteúdo mínimo dos mesmos

¹⁷ Acompanhamos o texto, com omissão da generalidade das notas (cfr. José de Melo Alexandrino, *A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional*, acessível em <<http://www.icjp.pt/system/files/A%20indivisibilidade%20dos%20direitos%20do%20homem.pdf>>, p. 7-9, Acesso em: 25 jane 2011.

¹⁸ Para uma avaliação geral, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 558-691.

¹⁹ Com indicações, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, pp. 392 ss.

(além de reconhecer a presença de imposições precisas e determinadas, em certos direitos sociais).

Perplexidade ainda, na medida em que, na decisão mais *marcante* de todas (o já referido acórdão n.º 509/2002, sobre o *rendimento social de inserção*), o Tribunal Constitucional, em vez de ter procurado identificar (no decreto que retirava aos cidadãos entre 18 e 25 anos a possibilidade de acesso ao rendimento social) uma afectação ilegítima ao direito à segurança social, optou por considerar que a solução legislativa em causa atingia o “direito a um mínimo de existência condigna”: com isso, o Tribunal Constitucional, nas palavras do Professor Gomes Canotilho, acabou por “[colocar] entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais”, resumidos a “refracções sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência”²⁰.

3.2. Muito diferente desse é o cenário brasileiro: estando aí ainda vivos os sonhos de uma *constituição dirigente*, os tribunais têm sido também eles sensíveis ao pressuposto ideológico, a uma argumentação política e à lógica do “quanto mais melhor”²¹, o que conduziu a uma jurisprudência *maximalista*, de forte activismo judicial.

Esse maximalismo traduz-se, antes de mais, no reconhecimento ao poder judiciário da possibilidade de proferir decisões impositivas destinadas a assegurar a fruição de uma pretensão de direito social, mesmo num cenário de total omissão de medidas legislativas de concretização, estando pois o juiz autorizado a convolar normas de eficácia limitada “em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa”²²; mas passando também pela abertura manifestada ao reconhecimento de um direito ao mínimo de existência, bem como pela forma como são muitas vezes aplicados o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida²³.

4 O plano da dogmática constitucional

No plano da dogmática constitucional, segundo a minha percepção, há por assim dizer duas linhas extremas de construção da ciência dos direitos fundamentais: (i) uma de *isolamento conceptualista*, que se esgota na dimensão técnico-jurídica estrita da matéria; (ii) uma segunda de *fusão com outros sistemas*, procurando articulações com dimensões morais, políticas, sociais e económicas, designadamente em chave directiva ou emancipadora.

²⁰ Noutra perspectiva, veja-se o paradoxo: “a Constituição portuguesa consagra um direito à segurança social na qualidade plena de direito fundamental, mas o Tribunal Constitucional não o reconhece nessa extensão; a Constituição portuguesa não consagra um direito fundamental a um mínimo de subsistência condigna, mas o Tribunal Constitucional conclui que ele vigora na nossa ordem jurídica, em toda a plenitude, na qualidade de direito negativo, mas também de direito positivo” (cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 395).

²¹ J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 25.

²² Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, 2010, p. 265.

²³ Em todo o caso, nos anos mais recentes, começaram a ser notadas as consequências ilegítimas e nefastas desse tipo de orientações: assim, entre outros, Virgílio Afonso da Silva / Fernanda Vargas Terrazas, *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded* (2009), disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1133620>> Acesso em: 10 out. 2010; Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial...*, p. 267 ss.; César Caúla, *Dignidade da pessoa humana, elementos do Estado de Direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*, Salvador, 2010, p. 94 ss., 101 ss., 142 ss.; com indicações adicionais, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 29, nota 7.

Perante essas duas linhas extremas, é notório que a doutrina constitucional brasileira se aproxima em geral da segunda, ao passo que a doutrina constitucional portuguesa tem feito nas duas últimas décadas um esforço para se centrar na primeira dessas linhas.

Esse aspecto está aliás presente num número significativo de dissertações de mestrado conduzidas por investigadores brasileiros (como é frequente suceder nas duas Faculdades de Direito de Lisboa e de Coimbra): os riscos metodológicos são frequentes e a objectividade científica sai necessariamente afectada com todo o género de pretensões utilitaristas²⁴.

Se me for permitido dizê-lo nesta ocasião, dentro das duas balizas que constituem para mim a percepção da “complexidade” e o apego a uma “dogmática responsável”²⁵, penso que o caminho deva ser o de uma concepção integrada do Direito que, centrada na dimensão técnico-jurídica dos fenómenos a analisar, consinta numa abertura interdisciplinar devidamente conduzida pelo jurista²⁶.

5 Balanço final

Na base das considerações precedentes e numa perspectiva comparada, poderemos tentar um balanço final, através da identificação de alguns dos principais défices (e dos correspondentes desafios) dos dois sistemas, começando por aquilo que os aproxima.

5.1 Em termos de perspectivas dos direitos fundamentais, no século XXI e para o século XXI, há pelo menos três tipos de *deficiências comuns* ao Brasil e a Portugal:

- (i) O deficiente funcionamento do sistema judiciário, ainda que com um franco movimento de reforma no Brasil (resumido em Portugal a “fracções de reformas”);
- (ii) O excesso de especificação constitucional (que tem tido como consequências comuns o frenesim de revisão constitucional e, sobretudo em Portugal, a erosão de um módico de veneração pela Lei Fundamental);
- (iii) O excesso de garantismo constitucional, quer na parte substantiva quer na adjectiva (o que conduz a óbvias sobrecargas, particularmente no funcionamento do sistema de justiça)²⁷.

²⁴ Por uma franca recusa do *pragmatismo*, também nas áreas da Ciência da administração e do Direito administrativo, José de Melo Alexandrino, «Prólogo a um Curso de Ciência da Administração», in: *Revista de Direito Público*, n.º 01 (janeiro/junho de 2009), p. 209 [191-218]; Id., «Direito das Autarquias Locais», in Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Coimbra, 2010, p. 17 [11-300].

²⁵ J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 82 ss., 88 ss., II, p. 22, 93 ss., 695.

²⁶ Defendendo a ideia de que esta abertura actua, porém, mais sobre o sujeito do que sobre o objecto, J. Melo Alexandrino, «Prólogo a um curso...», p. 200 ss.

²⁷ Para uma reflexão recente a propósito do sistema português (procedendo ainda aí a um confronto com os dados do ordenamento brasileiro), José de Melo Alexandrino, «Sim ou não ao recurso de amparo?», in *JULGAR*, n.º 11 (maio/agosto 2010), p. 41-49.

5.2 Entre os principais *défices portugueses* encontram-se os seguintes:

- (i) A sustentabilidade do Estado social (não só diante da grave crise económica e financeira, mas sobretudo por ocorrer num país que não conseguiu ainda enfrentar a “contradição de expectativas”²⁸ presente na Constituição de 1976)²⁹;
- (ii) A nominalização das normas constitucionais de direitos económicos, sociais e culturais (de que é inequívoca prova o processo de *conversão* dos mesmos à garantia do mínimo de existência condigna);
- (iii) O excessivo peso do Estado (de que constitui demonstração a criação de centenas e centenas de empresas públicas, nacionais, regionais e locais – grandemente dispensáveis);
- (iv) A manutenção de um certo padrão de desfavor relativamente à liberdade de expressão³⁰ e à liberdade de informação (desfavor agravado ainda pela extensão e organização dadas ao serviço público de rádio e de televisão)³¹;
- (v) As persistentes deficiências da organização eleitoral (de que são prova as patentes debilidades do recenseamento eleitoral³², envolvendo agora afectações de facto do próprio direito de sufrágio³³).

5.3. Por fim, os *défices brasileiros* situam-se a meu ver nos seguintes planos:

- (i) Nível de realização dos deveres de respeito e protecção de certos direitos e liberdades individuais (pelo menos relativamente a certos grupos e em certos contextos sociais, como os habitantes das favelas);
- (ii) Institucionalização de políticas públicas sociais-chave, em especial nas áreas da saúde e da educação (de onde resulta designadamente a disfunção da judicialização excessiva no atendimento de certas pretensões singulares);
- (iii) Excessivo fascínio por correntes doutrinárias incertas (como o neoconstitucionalismo), com o correspondente défice dogmático e a indevida sobreposição do jurídico ao político e ao social³⁴;

²⁸ Assim, J. Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 638-639, nota 707.

²⁹ José de Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição – algumas coordenadas», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, 2010, p. 511 [503-519].

³⁰ Sobre o assunto, José de Melo Alexandrino, «Artigo 37.º», in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I – *Introdução Geral, Preâmbulo*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 854, 856 ss. [844-859].

³¹ José de Melo Alexandrino, *Problemas jusfundamentais emergentes da regulação da rádio e da televisão em Portugal (2009)*, acessível em <<http://www.icjp.pt/system/files/Problemas%20jusfundamentais%20TV.pdf>>, p. 12 ss. (25 JAN 2011).

³² Assim, num sentido reiterado desde 1995, J. Melo Alexandrino, «Direito das Autarquias Locais», p. 116 ss.

³³ Veja-se o recente comunicado da Comissão Nacional de Eleições, de 23 de Janeiro de 2011 (cfr. <http://www.cne.pt/index.cfm?sec=0201000000&NewsID=148>, em 25 JAN 2011), e a consecutiva demissão, em 26 de janeiro, dos dirigentes responsáveis pela administração eleitoral.

³⁴ J. Melo Alexandrino, «Controlo jurisdicional das políticas...», p. 161, com indicações.

- (iv) Organização e funcionamento de todo o sistema penitenciário;
- (v) Regulação do sistema de comunicação social³⁵.

³⁵ A respeito do controlo oligárquico dos meios de radiodifusão, falou-se numa recente tese de doutoramento em “*coronelismo eletrônico*” (cfr. André Godoy Fernandes, *Meios de Comunicação Social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*, São Paulo, 2009, p. 90 ss., em edição pdf disponível on-line).

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACION EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz¹

1 Introducción

El Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es un Derecho del poder público para la libertad, un Ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general, tal y como proclama solemnemente el artículo 103 de la Constitución española de 1978. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo.

En este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del Derecho Público.

El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, e ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el Derecho Administrativo. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución europea(artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en estas apretadas líneas, reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente el artículo 103 de la Constitución española.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

2 Un Nuevo Derecho Administrativo

La perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del Gobierno y la Administración pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales. En efecto, el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada conformación social. El problema es que todavía, al menos por estos lares, la ciudadanía vive un tanto temerosa de la política porque aún no ha caído en la cuenta de que el titular, el propietario de la política y sus instituciones es el pueblo soberano. Y, por otra parte, los políticos todavía no aciertan a comprender que los poderes que gestionan son del pueblo y que su función es administrar esos poderes al servicio objetivo de todos dando cuentas permanentemente de cómo gestionan esos poderes que se les son entregados por el pueblo soberano.

El Derecho Administrativo, tal y como ha sido concebido por un jurista malagueño de pro como es el profesor Francisco González Navarro, es el Derecho del poder público para la libertad ciudadana. Es decir, la Administración pública del Estado social y democrático de de Derecho ha de promover las condiciones que hagan posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que impida su despliegue solidario tal y como manda la Constitución de 1978 en su artículo 9.2 a los poderes públicos. En este contexto, el ciudadano, que ocupa un lugar estelar en la acción administrativa, tiene un elemental derecho a que la Administración, como proclama la Constitución de 1978 en su artículo 103, sirva con objetividad el interés general. En esta idea de servicio objetivo encontramos un presupuesto claro de la obligación de la Administración de administrar adecuadamente los asuntos públicos. Obligación de la Administración de la que se desprende, como corolario necesario, el derecho fundamental de la persona a que el quehacer de las Administraciones públicas se realice en el marco del servicio objetivo al interés general.

3 Servicio objetivo al Interés General Y Derecho a la Buena Administración Pública

Tratar sobre buena administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Es decir, tal y cómo he señalado en mi libro “El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas” es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible.

El nuevo Derecho Administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés como suprema tarea encargada a la Administración pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Por ejemplo, los dogmas de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa han de ser replanteados desde la luz que proyecta el principio, y derecho fundamental de la persona, de la tutela judicial afectiva. Los poderes, denominados por el legislador, privilegios y prerrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, han de ser operados exclusivamente cuando así lo requiera el servicio objetivo al interés general. Es decir, en los casos en los que sea menester ejercer la potestad de modificar los contratos, será necesaria una previa declaración motivada, argumentada, de la propia Administración explicando las razones que aconsejan en el caso concreto tal poder. Motivación Que puede ser objeto de impugnación o de paralización cautelar. Ahora la Administración no dispone de una posición de supremacía por definición que le permite operar en un mundo de exorbitancia. Ahora los poderes han de estar previstos expresamente, ya no hay poderes implícitos. Esto como regla general, lo que no excluye que pueda haber algún supuesto, más motivado cuanto mayor sea la discrecionalidad, en el sea necesario para asegurar el servicio objetivo al interés general el ejercicio, motivado y justificado, de una determinada potestad.

En realidad, el nuevo Derecho Administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando de acudir a las cláusulas exorbitantes se trate. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general

Tratar sobre el derecho fundamental de la persona a una buena administración significa plantear la cuestión desde la perspectiva del ciudadano: el Derecho Administrativo considerado desde la posición central del ciudadano. Este punto de vista, cómo ha señalado agudamente Crozier no hace mucho, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente, cómo se prefiera denominar, todavía bien presentes en el panorama académico. La explicación no es compleja porque hasta hace poco tiempo, relativamente, la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función de la Administración pública se centraba en exceso en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose, esto es lo sorprendente, del destinatario natural y propio de las políticas públicas, de los poderes públicos: la ciudadanía. Por qué o cómo haya acontecido esta situación en el tiempo no es materia para este breve comentario. Ahora sólo me interesa constatar que así ha sido durante muchos años y que, afortunadamente, en nuestro tiempo ha cobrado espacial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la Administración pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales en la que se incardina, como correlato de esta obligación administrativa de naturaleza constitucional, el derecho fundamental a la buena Administración pública.

En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en si mismo y recupera su conciencia de institución de servicio esencial a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena administración pública. Derecho que supone, insisto, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general.

El Derecho Administrativo, tal y cómo se nos presenta en la cotidianeidad en nuestros países, es, lo sabemos bien, un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que trae causa de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la revolución francesa. En efecto, el Derecho Administrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivizar el poder público, antaño, en el Antiguo Régimen, expuesto al capricho y a la pura voluntad de mando del Soberano. Derecho Administrativo, sin embargo, ha habido siempre porque siempre ha existido la necesidad de organizar según el Derecho los intereses colectivos, unas veces con más acierto que otras.

Pues bien, hoy, en los albores de un nuevo siglo del que tanto se espera en tantos sentidos, el Derecho Administrativo adquiere una gran relevancia pues asistimos al intento, desesperado a veces, del fundamentalismo económico, o de la lógica del poder por el poder, por arrumbar, por abatir las más nobles aspiraciones de justicia a favor del beneficio empresarial, el dominio político o la utilidad, que son hoy los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración. Pues bien, frente a este intento de teñir el interés general bajo consideraciones parciales, se levanta hoy el nuevo Derecho Administrativo como un dique de contención frente a tanto atentado contra el bienestar general e integral del pueblo como se perpetra a diario en nombre de un pensamiento único que desdice de la esencia, de la naturaleza, del alma de un Ordenamiento jurídico construido para que el poder público actúe a través de la senda del derecho consciente de su función de servicio objetivo al interés general.

Desde este punto de vista destaca la necesaria caracterización constitucional de Derecho Administrativo pues desde este punto de vista encontramos unas sólidas bases que nos permiten pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del Derecho Público que encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, como diría García de Enterría, su principal seña de identidad. En este contexto, en este marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena Administración. Derecho que desde la Constitución española, aunque no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales, puede considerarse una derivación lógica de la tarea de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las Administraciones públicas. Obviamente, las referencias al que denomino Derecho Administrativo Constitucional se harán a partir de la Constitución española. En efecto, la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva o a la mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático o único.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le

sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también “mutatis mutandis” a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses propios, porque en España Comunidades Autónomas y Entes locales, cómo ha sancionado el Tribunal Constitucional, disfrutan de naturaleza jurídica estatal en la medida en que son partes integrantes del propio Estado.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución española de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Marco en el que se comprende mejor el alcance del hoy denominado derecho fundamental a la buena Administración pública. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente, la burguesía, que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy quizás no sea compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quienes la componen, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, deben estar a plena y exclusiva a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional, el Derecho Administrativo en cuanto iluminado por el derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública, plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés general que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad (González Navarro).

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen ya con una Administración que trabaja sólo desde la unilateralidad.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que , como señala el artículo 103 de nuestra Constitución: “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional español en la citada ya sentencia de 7 de febrero de 1984, tan célebre cómo aislada, a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

La participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco, abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad, sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, ” potestas variandi”, potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad, a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a

tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En Brasil, un gran país por tantos conceptos, existe una práctica relevante de participación de la que todos podemos y debemos aprender para que, en efecto, el núcleo central de los intereses generales esté más conectado con las necesidades colectivas de los ciudadanos.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la mejor, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse por interés general, ahora en el marco de un modelo de Estado que la Constitución califica de social y democrático de Derecho. Más que la presencia de una Administración pública, que ciertamente es importante, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general, también para los servicios culturales y sociales, o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucen, por ejemplo, algunas novelas de Pio Baroja sobre la actuación de funcionarios que vejaban y humillaban a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que se vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se halla en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la

caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

4 Del Servicio Público al Servicio de Interés General

Efectivamente, la transformación del concepto del servicio público o, si se quiere, su adaptación a los nuevos tiempos, reclama un estudio especial. En efecto, el servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del “Servicio Público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la construcción del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado – Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de Forsthof todo lo invade y todo lo controla “desde la

cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del “status quo”.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta mientras que la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con el, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función. El Estado, a través de la Administración, ha de garantizar los derechos fundamentales. El artículo 53 de la Constitución así lo señala obligando a que el quehacer de que la entera actividad de la Administración discorra en esta dirección.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico - administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

5 El Derecho a la buena Administración en el Derecho Administrativo Constitucional

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que Meilán Gil denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional, que en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena Administración como Administración al servicio objetivo del interés general.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los Poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los

obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero: “La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración pues la utilización del término “sirve” alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico - pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar..., pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo

faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

6 El Derecho Fundamental a la buena Administración en la Carta Europea de Derechos Fundamentales

Estas consideraciones constitucionales pienso que van a permitirnos entender mejor el sentido que para nosotros puede tener esa expresión de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de derecho fundamental a la buena Administración, recogida ya, por cierto, en los catálogos de derechos establecidos en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía de este tiempo.

¿Es previo este derecho a la buena Administración pública, o es corolario necesario de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos, deban ser atendidos de determinada manera? Esta es una cuestión relevante, porque de su contestación se deducirá la naturaleza y el sentido de la función de la administración pública. Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, porque las personas en conjunto, e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea?. Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la

persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

A continuación, voy a reflexionar sobre dos dimensiones de la buena administración que me parecen básicas: la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas. Finalmente, se comentará brevemente el sentido del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, asumida en el propio proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en el artículo II-101.

Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas públicas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. Por ella, la técnica británica de las “políticas públicas a prueba” es sumamente interesante. La buena administración, el buen gobierno, como anteriormente se ha comentado, tienen una deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro.

Pensar la complejidad de la realidad y acercarse a ella desde el supuesto de la propia limitación, al tiempo que acaba con todo dogmatismo, rompe también cualquier tipo de prepotencia en el análisis o en el dictamen de soluciones a la que el responsable público pueda verse tentado. Éste debe tener claro que no es infalible, que sus opiniones, sus valoraciones están siempre mediatizadas por la información de que parte, que es siempre limitada, necesariamente incompleta. Abordar un conocimiento auténtico de esa realidad exige una mentalidad abierta que se traduce en la capacidad de desarrollar un pensamiento que sea dinámico y compatible.

El pensamiento dinámico lo planteo como condición para acceder a la comprensión de las relaciones entre la persona y la sociedad. El individuo, la persona concreta, contribuye al bien general de la sociedad, y al tiempo, la sociedad se debe orientar a las personas, al ser la dignidad de la gente prioritaria y fundante de la propia sociedad. Ahora bien, la dignidad de la persona se actualiza justamente cuando la persona colabora al bien común de la sociedad. De este modo la existencia de la persona puede ser definida como co-existencia.

Esta forma de abordar la realidad humana -personal y social- hace derivar su fuerza no tanto de su propia constitución como de la ruptura de los rígidos principios de oposición individualistas-comunitaristas, que carecen de capacidad de retroalimentarse y que se cierran sobre sí mismos, mostrándose incapaces de explicar la dimensión personal del hombre y su carácter social. Tal cerrazón provoca una tensión que se ve liberada por esta comprensión dinámica de las relaciones persona-sociedad, y que canaliza estas tensiones hacia concepciones equilibradas que, al tiempo que afirman radicalmente la condición individual del hombre, ni niegan ni menoscaban su dimensión social. Todo ello se traduce en que el individuo percibirá de forma habitual el bien de los demás hombres y mujeres como un bien también auténticamente suyo.

Un pensamiento que quiera abordar con éxito la comprensión de la realidad tal y como la perfilamos debe ser también, necesariamente, un pensamiento compatible. Se trata de un pensamiento que no encaja en los modelos rígidos y planos, y que tiene capacidad -precisamente porque trata de comprender al ser humano en todas sus dimensiones- de conciliar lo personal y lo social, lo estatal y lo civil, la libertad y el ordenamiento, el mercado competitivo y la regulación político-económica.

Quizás sobran estas pretendidas oposiciones y tantas otras que podríamos enumerar. De lo que se trata es, en este contexto, de buscar convergencias de las que pueden surgir sinergias,

afloramientos de energías que no se agoten en enfrentamientos estériles, por falsos. Por una parte que cada persona o asociación aporte servicios en función de las demandas y de las necesidades sociales, desarrollando libremente sus iniciativas; y por otra que el Estado actúe de acuerdo con su función imprescindible de subsidiariedad, arbitraje y custodia de la competencia, en un intento real de conseguir cotas más altas de justicia y equidad, y de abrir nuevos campos operativos para la efectiva iniciativa personal y social.

Las prestaciones del Estado a los más desfavorecidos serán simples dádivas si se quedan sólo en una redistribución de bienes y no inducen una mayor libertad y autonomía. La cuestión sigue siendo enseñar a pescar y no dar peces.

Cuando abrimos los ojos y miramos, la realidad somete nuestra inteligencia a la dura prueba de la vibración caleidoscópica de sus singularidades. Entonces nuestra comprensión se ve agotada ante la complejidad de sus inextricables estructuras, y nuestra necesidad de modelos conceptuales se ve desbordada por los inéditos desarrollos que la historia manifiesta.

Rendirse a nuestra incapacidad para agotar su comprensión significa aceptar nuestra limitación pero también empeñarnos en una aproximación cada vez más completa. Sin embargo, cabe también la posibilidad de afirmar la soberanía de nuestro pensamiento. Esta es la disposición que lleva al nacimiento de lo que llamo ideología cerrada, que entiendo aquí como un pensamiento sistemático-cerrado sobre la realidad social que se toma como presupuesto de la actividad política.

La expresión “pensamiento sistemático cerrado” la uso aquí en el sentido preciso de que parte de postulados, de aseveraciones no demostradas y sin base empírica; se desenvuelve deductivamente; es omnicomprendivo, abarca todos los aspectos de la realidad; es proyectivo, tiene capacidad para predecir cara a donde, cómo y por dónde camina la realidad social. Por eso puede decirse que la ideología cerrada cumple la aspiración fáustica -es la ciencia que domina plenamente el mundo- y se resuelve al final en el amargo despertar del aprendiz de brujo. Porque, no lo olvidemos, parece que la realidad sigue siendo terca.

La constitución española de 1978, como ya he señalado, define la Administración como una organización que sirve con objetividad intereses generales (Artículo 103.1 CE), la Carta Magna nos recuerda que las reformas administrativas deben levantarse en función de las personas y no en función de los intereses burocráticos o tecnocráticos. ¿Por qué?. Porque, como también señala la Constitución, corresponde a los poderes públicos -artículo 9.2 CE- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En efecto, el Estado vive un momento de tránsito que se viene prolongando el tiempo suficiente para considerar el cambio como algo permanente y, en consecuencia, la capacidad de adaptarse a él como un auténtico rasgo definitorio del Estado moderno. Desde los nuevos espacios públicos se puede afirmar que el propio futuro del ejercicio democrático del poder pasa necesariamente, por hacer de su capacidad de adaptación a los cambios, una condición esencial de su propia existencia. Cambios que, es obvio, deben partir de la posición central de los ciudadanos y de la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad solidaria de cada persona.

La ingente tarea que supone este aspecto de la vida pública requiere profundizar en las ideas que lo sostiene: asegurar las libertades reales de la gente. Desde las nuevas políticas públicas, la Administración pública aparece como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad. Por lo tanto, el gobierno y la administración nunca podrán ser aparatos que se cierran a la creatividad, o la impidan con cualquier tipo de trabas, ni tampoco podrán dejar -especialmente a los más débiles- al arbitrio de intereses egoístas. La buena administración se realiza desde esta consideración abierta, plural, dinámica y complementaria de los intereses generales, del bienestar integral de los ciudadanos.

El modelo de las nuevas políticas públicas en relación con la Administración pública, apuesta por la libertad, que es apostar por la sociedad, por confiar en el hombre, por confiar en la capacidad, en las energías, en la creatividad de los ciudadanos.

El pensamiento compatible, permite que al tiempo que se hace una política de impulso de la sociedad civil, no haya compuertas que limiten una acción de la Administración pública que asegure la libertad de disfrutar, por ejemplo, de una justa y digna jubilación de nuestros mayores, que limiten la libertad de disponer de un sistema de salud para todos, que recorten la libertad de que todos tengan acceso a la educación en todos sus niveles, o acceso a un puesto de trabajo, o sencillamente a disfrutar de la paz.

Por eso, para mi la Administración pública debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (Artículo 10.1 CE).

El aparato administrativo debe, pues, promover las condiciones para que todos los españoles sin excepción podamos ejercer con mayor calidad nuestras libertades, teniendo también presente que la Administración también debe estar próxima, cercana a la gente en un ambiente de real descentralización (Artículo 103.1 CE) teniendo presente que la programación y ejecución del gasto público debe responder a los criterios de eficiencia y eficacia (Artículo 31.2 CE).

Pues bien, las reformas administrativas, puestas en marcha, se encaminan en esta dirección. Es el caso de la redefinición de la Administración Periférica del Estado como consecuencia de la LOFAGE, -Ley de Organización, Funcionamiento de la Administración General del Estado- con un contrastado ahorro en el gasto público. Es el supuesto del Pacto Local que apuesta definitivamente por el reforzamiento de los entes locales y por la autonomía local en un contexto de equilibrio de los diferentes poderes territoriales. Es el caso de la consolidación y estabilidad del Estado autonómico desde el acuerdo y el entendimiento. Es el caso de la reforma del procedimiento administrativo que por fin instaura un verdadero sistema de silencio administrativo positivo y un acortamiento real de los plazos que tiene la Administración para resolver los expedientes administrativos. Es el caso de la recepción del principio de lealtad institucional, de confianza legítima, y de transparencia como elementos vertebradores de la reforma administrativa. Es el caso de la Administración electrónica, que busca mejorar y facilitar las relaciones entre la ciudadanía y las instituciones administrativas.

Por ello, una Administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Pero por encima de todos los de esta índole o, más bien, dotándolos de sentido, debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano a que vengo haciendo alusión.

No puedo dejar de subrayar, también en este punto, la centralidad del individuo en mi entendimiento del derecho al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. El individuo real, la persona, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la administración pública sirve. Al servicio de esa persona concreta el aparato administrativo debe promover las condiciones para que ejerza con la mayor calidad y hondura sus libertades.

En este sentido, los empleados públicos para poder desempeñar su tarea con eficacia necesitan, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración pública que no es una entidad

abstracta, sino que la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirven, y ellos mismos ciudadanos también. Detrás de cada expediente están las aspiraciones de un ciudadano, de una persona de carne y hueso.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el que proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende del interés público, a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece que puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental se refiere a la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la Administración pública, y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio del lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, cómo hemos apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho aparece fuertemente conectado al fomento, a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los Tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperamos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz.

Antes del comentario de este precepto, me parece pertinente señalar dos elementos de los que trae causa: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad, se ha dicho con acierto, es el caballo de Troya del Derecho Público por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de Derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de Derecho es muy importante. Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y, la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que normalmente los conceptos de elaboración jurisprudencial son conceptos contruidos desde la realidad, algo que

es en si mismo relevante y que permite construir un nuevo derecho fundamental con la garantía del apoyo de la ciencia que estudia la solución justa a las controversias jurídicas.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más conciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en un disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas – equitativas- y, finalmente, y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de

indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: “se produce mala administración cuándo un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto”. Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, sí efectivamente se contraviene la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en Actualidad Administrativa, en el número 4 de 2007 algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, cómo su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivados. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública”. Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005 es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los

organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

En fin, el reconocimiento a nivel europeo del derecho fundamental a la buena administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones pública, de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular la posición central del ciudadanos. Posición central del ciudadanos que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativas toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración.

Referências

LÓPEZ-CASTILLO. EN torno a la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, *Revista de Estudos Políticos*, Madrid, n. 113, páginas 43 y siguientes, 2001.

WEBER. La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 64, páginas 79 y siguientes, 2002.

FREIXES, T. Derechos fundamentales en la Unión Europea: evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales, *Revista do Dto. Constitucional Europeu*, Madrid, n. 4, páginas 43 y siguientes, 2005.

FALCAO MARTINS, H. Administración Pública gerencial y burocracia: la persistencia entre política y administración, *Revista del Centro Latino Americano de Administración para el Desarrollo*, Caracas, n. 9, páginas 1 y siguientes, 1997.

TOMÁS MALLÉN, B. *El derecho fundamental a una buena Administración*. Madrid: INAP, 2004.

ALONSO GARCIA, R. La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Madrid, n. 209, páginas 3 y siguientes, 2000.