

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

VOLUME 2



**ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL
DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 2**



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

André Luís Vieira Elói

Bruno de Almeida Oliveira

Bruno Camilloto Arantes

Bruno Valverde Chahaira

Cintia Borges Ferreira Leal

Flavia Siqueira Cambraia

Frederico Menezes Breyner

Jean George Farias do Nascimento

José Carlos Trinca Zanetti

José Luiz Quadros de Magalhães

Leonardo Avelar Guimarães

Ligia Barroso Fabri

Luiz Carlos de Souza Auricchio

Marcelo Campos Galuppo

Marcos Vinício Chein Feres

Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral

Marilene Gomes Durães

Rafael Alem Mello Ferreira

Rafael Vieira Figueredo Sapucaia

Rayane Araújo

Régis Willyan da Silva Andrade

Renata Furtado de Barros

Robson Araújo

Rogério Nery

Vitor Amaral Medrado

**HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA**
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

VOLUME 2



Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo
Andrés Velandia Canosa.

Todos os direitos reservados

Capa: Giovana Acciarini
Diagramação: Giovana Acciarini

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532c Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional : justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo Andrés Velandia Canosa. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
520 p. – (Coleção ; v. 2)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-451-8

1. Justiça Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Terceira Dimensão. I. Dias, Handel Martins. II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Canosa, Eduardo Andrés Velandia. IV. Série.

CDD 323


CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com



CONSELHO ADMINISTRATIVO
Fábio Roque Sbardello - Presidente
Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente
Gilberto Thums - Secretário
Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL
Anizio Pires Gavião Filho
Fábio Roque Sbardello
Guilherme Tanger Jardim
Luis Augusto Stumpf Luz





ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

COMITÊ EXECUTIVO

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Presidente

Patricio Maraniello
Vice-Presidente Geral

Luis-Andrés Cucarella Galiana
Vice-Presidente para a Europa

Nelson Arturo Ovalle Díaz
Vice-Presidente para a América Anglo-Saxônica

Vicente Fernández Fernández
Vice-Presidente para a América Central e América do Norte

Handel Martins Dias / Pablo Darío Villalba Bernié
Vice-Presidentes para a América do Sul

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Vice-Presidente de Pesquisa

René Moreno Alfonso
Secretário-Geral

Alinne Cardim Alves
Secretária-Adjunta

Diana Johanna Beltrán Grande
Tesoureira e Diretora Executiva



SUMÁRIO

CAPÍTULO IV - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE | 13

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO COMO MECANISMO PARA
LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE | 15

- Edgar Andrés Quiroga Natale e Eduardo Andrés Velandia
Canosa

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL
PERÚ COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL
DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE.-
BALANCE Y PERSPECTIVAS | 53

- Tula Luz Benites Vásquez

BANCOS DE DADOS e TUTELA DE DADOS PESSOAIS na
internet: O MEIO AMBIENTE DIGITAL COMO PARÂMETRO
SUBSTANTIVO DE CONTROLE DA LEI DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL | 69

- Cláudio de Oliveira Santos Colnago e Adriano Sant'Ana Pedra

IL CASO URGENDA: ASPETTI DI INTERESSE E SPUNTI DI
RIFLESSIONE IN PROSPETTIVA GIUSPUBBLICISTICA | 85

- Riccardo Perona

TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: CONTRIBUTOS À
TUTELA DO AMBIENTE | 97

- Marco Antônio Preis e José Francisco Dias da Costa Lyra

EL MEDIO AMBIENTE COMO UN DERECHO DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL | 125

- Nancy Nelly González Sanmiguel

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
DEL MEDIO AMBIENTE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE
UNA LA PAZ ESTABLE Y DURADERA | 149

- Jaime Alfonso Cubides Cárdenas e Walter Gerardo Valencia
Jiménez

O DESPERTAR DE UM DIREITO FUNDAMENTAL: DIREITO
AO MEIO AMBIENTE | 169

- Alinne Cardim Alves e Cassiane de Melo Fernandes

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO HUMANO AL
AGUA | 187

- Adrián Joaquín Miranda Camarena

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO AO MEIO AMBIENTE | 211

- Adrián Joaquín Miranda Camarena e Catharine Black Lipp
João

**CAPÍTULO V - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO
DE COMUNICAÇÃO | 223**

POR QUE OS QUE TÊM ARMAS DÃO PODER PARA QUEM
NÃO AS TÊM? DISCUSSÃO SOBRE A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA
CONSTITUCIONAL NA CONCREÇÃO DO DIREITO À
COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL | 225

- Maren Guimarães Taborda

EL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA “PREVIA
AUTORIZACIÓN DEL ESTADO” Y LAS FACULTADES
REPRESIVAS DE LA POLICÍA: ¿JUSTO EQUILIBRIO O UN
CONTRASENTIDO EVIDENTE? | 249

- Leonel Torres Labbé

O PROBLEMA LÓGICO-SEMÂNTICO DO ENUNCIADO
NORMATIVO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO
ACESSO À INFORMAÇÃO | 271

- Marcus Paulo Rycembel Boeira

JUSTIÇA E ESPETÁCULO: A MÍDIA E O JULGAMENTO DO
CASO MENSALÃO | 291

- Maren Guimarães Taborda e Thales Borges Delapieve

LA REVOCATORIA DE AUTORIDADES EN EL PERÚ Y
SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE
PARTICIPACIÓN POLÍTICA | 311

- Luis Angel Zavala Espino

O DISCURSO DIALÓGICO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A COMUNICAÇÃO:
ANÁLISE DESDE A PERSPECTIVA DO DIREITO, RETÓRICA E
COMUNICAÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR | 327

- Ricardo Aparecido de Souto e Edinilson Donisete Machado

DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD EN BOLIVIA | 345

- María Isabel Rojas Ticona

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DE
INFORMAÇÃO: UM RECORTE DA APLICAÇÃO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 367

- Bárbara Guerra Chala e Anizio Pires Gavião Filho

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO DE COMUNICAÇÃO | 381

- Luciano de Faria Brasil

**CAPÍTULO VI - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO
DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS | 387**

CONSTITUTIONALISM, LIBERAL DEMOCRACY, AND
POPULISM: A CRITICAL APPRAISAL OF THE POPULIST
WAVE AND THE LIBERAL CULTURE | 389

- John Joseph Wamwara

CRISIS DEL MULTICULTURALISMO, EL DERECHO DEL
NIÑO ABORIGEN FRENTE A LA SALUD | 415

- Eduardo Javier Jourdan

LA ORALIDAD Y EL LEGADO DE UNA JUSTICIA
ANCESTRAL | 427

- Alvaro Camargo Solano

AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO: POVOS INDÍGENAS
EM PERSPECTIVAS | 447

- Thaís Janaina Wenczenovicz

PACTO GLOBAL DAS MIGRAÇÕES: INTERCORRÊNCIAS NA
ESFERA INTERNACIONAL E DOMÉSTICA | 463

- Joseane Mariele Schuck Pinto

O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E AS
INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS NO BRASIL | 479

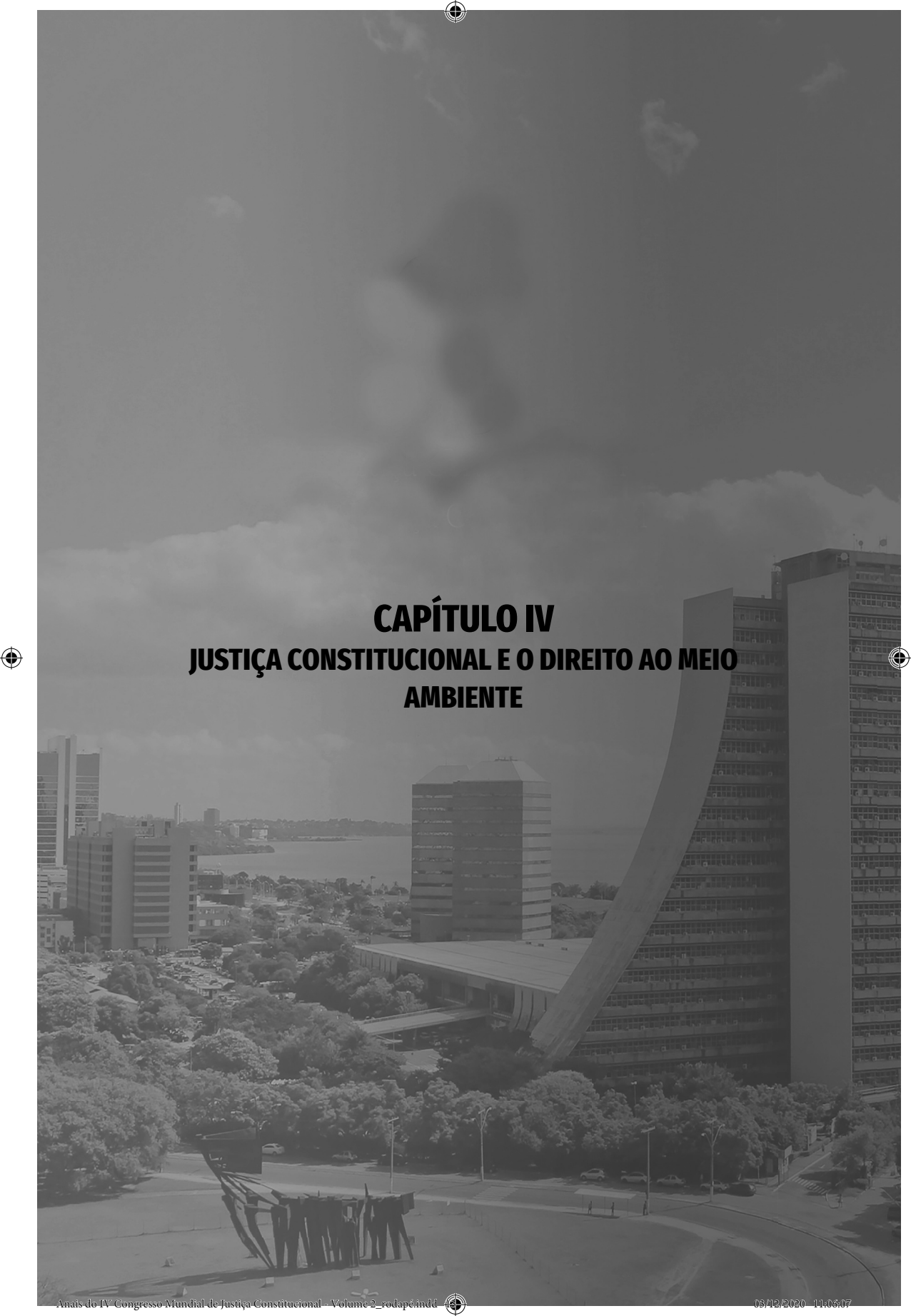
- Ricardo Strauch Aveline

REFLEXÕES SOBRE MULTICULTURALISMO,
AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E RELATIVISMO DE
DIREITOS | 497

- Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS | 511

- Nancy Nelly González Sanmiguel

An aerial photograph of a modern cityscape, featuring a prominent building with a large, curved facade. The city is situated near a body of water, with other buildings and greenery visible in the background. The sky is overcast with grey clouds. The text is overlaid in the center of the image.

CAPÍTULO IV
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO MEIO
AMBIENTE



LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE¹
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA²

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 dio nacimiento³ a un modelo de “Estado Constitucional” a partir de la consagración i) del principio de supremacía constitucional, ii) la jurisdicción constitucional, iii) el reconocimiento de derechos, iv) la limitación y división del poder público, y, v) los instrumentos procesales para la materialización de los derechos, mandatos y fines reconocidos.

Un avance significativo imbricado por la Carta de 1991 en la dogmática constitucional, es el reconocimiento de derechos que superan la concepción estrictamente liberal - individual de la persona humana, y da paso a la consagración de derechos e intereses colectivos los cuales pertenecen a la comunidad en su conjunto y hacen parte del corpus social, evidenciando un lento pero importante paso para el tránsito de un fuerte antropocentrismo a un modelo biocéntrico moderado, que entiende la importancia de proteger

- 1 Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Libre, Sabana, Santo Tomás, entre otras). Contacto: edgarandresq80@gmail.com
- 2 Magister, Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Ph. D. (c) en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y tutela Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Universidad de Pisa (Italia), Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Colombia). Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Profesor de Derecho Procesal Constitucional, Constitucional y Procesal. Contacto: presidencia@amjc.com.co
- 3 Por lo menos desde el punto de vista formal y teórico.

la vida en general así sea de forma indirecta⁴ y redefine la relación de la persona humana (de forma individual y colectiva) con la naturaleza, su entorno y medio ambiente⁵, bajo una serie de disposiciones normativas superiores que a título de mandatos de optimización, promoción y abstención regulan esa nueva relación entre la persona y la naturaleza conformando una suerte de “Constitución Ecológica”. Respecto del particular sostiene la Corte:

“(…) La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera “Constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente (...)”⁶

-
- 4 Ya que la protección jurídica a la naturaleza y los animales no se da a través del reconocimiento directo de una titularidad de derechos, a contrario sensu, esta protección se da en virtud de amparar la propia existencia futura de las personas humanas. Lo anterior sin desconocer sentencias de la Corte Constitucional como la T-622 de 2016 en donde reconoce al río Atrato como sujeto de derechos y ordena al Gobierno Nacional elegir un representante legal de los derechos del río; providencia de la cual se hará referencia más adelante.
- 5 “(...) Colombia es un Estado personalista fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º superior). La Constitución reconoce la primacía de los derechos inalienables del ser humano (artículo 5º superior). Se ha de proteger, entonces, el derecho a la vida, esto es, que la persona exista, además de garantizar cierta calidad de subsistencia (dignidad humana, artículo 1º superior). La persona es el sujeto, la razón de ser y fin último del poder político por lo que se constituye en norte inalterable en el ejercicio del poder y su relación con la sociedad. Es a partir del respeto por la vida humana que adquiere sentido el desarrollo de la comunidad y el funcionamiento del Estado. La Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra. La conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico, de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una existencia y vida plena. Desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones. En el mundo contemporáneo, la preocupación ambientalista viene a tomar influencia decisiva solamente cuando resulta incuestionable que el desarrollo incontrolado y la explotación sin límites de los recursos naturales logran suponer su esquilma definitiva (...)” Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 6 Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Para hacer efectiva la “Constitución Ecológica”, resultan procedentes instrumentos del derecho procesal constitucional tales como la petición, la tutela, las acciones populares, las acciones de grupo, la acción pública de inconstitucionalidad, etc., dependiendo la clase de los derechos y/o mandatos conculcados y la pretensión del ruego de justicia.

No obstante el prolijo catálogo de posibilidades jurídicas de protección en comento, existe una herramienta procesal muy poco utilizada⁷ y que resulta de importante valía para la efectivización del derecho objetivo: la acción constitucional de cumplimiento.

El presente trabajo, tiene como objetivo (a título de introducción elemental), realizar una aproximación contextual, sustancial y procesal a la acción de cumplimiento y la forma como esta puede ser ejercida en búsqueda de la protección y/o amparo del medio ambiente. Para lograr estos cometidos, el análisis que a continuación se expone ha de dividirse en tres (3) acápites a saber: i) Introducción, ii) análisis dogmático de la acción de cumplimiento, iii) aproximación al concepto y naturaleza jurídica del medio ambiente, y, a título de corolario, la presentación de unas conclusiones.

1 - DIMENSIÓN SUSTANCIAL Y PROCESAL DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO

1.1 - CONSAGRACIÓN, NATURALEZA Y OBJETO

La Constitución Política de 1991 integra a su corpus normativo, varias acciones o instrumentos procesales que permiten materializar y hacer efectivo su contenido, teleología y dogmática.

Una de las citadas herramientas del derecho procesal constitu-

7 Ya sea por su desconocimiento o por el precario desarrollo legislativo y jurisprudencial que ha hecho de esta acción un instrumento de difícil aplicación. En punto de discusión afirma Quinche: “(...) La acción de cumplimiento es otra de las novedades que en materia contenciosa trajo la Constitución de 1991. Es también una de las mayores decepciones del sistema en tanto que el diseño legislativo y el manejo que le dio el Consejo de Estado, hicieron de ella una acción inane, que sirve de muy poco o de nada (...)”. QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas”. Cuarta edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, pág. 366.

cional, es la acción de cumplimiento la cual tiene antecedentes remotos en el *writ of mandamus*⁸ y los *prerogative writs*⁹ del derecho anglosajón.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la pretensión de “cumplimiento” de los deberes de la administración, estaba consagrado dentro de la acción de reparación directa de conformidad con el artículo 86 del decreto ley 01 de 1984 (código contencioso administrativo); sin embargo, dicha posibilidad desaparece con la modificación del citado artículo a través del decreto 2304 de 1989¹⁰.

Posteriormente, la acción de cumplimiento (propriadamente dicha) se eleva a canon superior, al ser consagrada en la Constitución de 1991 mediante el artículo 87 en los siguientes términos: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Aunado a lo anterior, la Constitución también contempla como uno de los fines del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”¹¹, y a su vez como derecho del ciudadano la facultad para “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”¹².

De lo anterior se colige que “el cumplimiento” in genere del orde-

8 Entendida como una orden (auto de mandamiento) promovida ante los jueces por cualquier persona que tenga un interés legítimo, para que las autoridades públicas cumplan con el deber de honrar sus funciones por medio del cumplimiento de las normas.

9 Herramientas procesales para controlar la extralimitación y el incumplimiento funcional de las autoridades públicas.

10 Al respecto anota Julio: “(...) *cabe precisar que inicialmente el Código Contencioso Administrativo en su artículo 86 establecía que la acción de reparación directa (denominada acción de reparación directa y cumplimiento) podía impetrarse para exigir “el cumplimiento de un deber que la administración elude”, en una particular simbiosis entre una típica acción indemnizatoria y una acción de cumplimiento. Esta figura fue muy controvertida en su época, lo que llevaría finalmente a que el artículo 86 original del CCA fuera modificado por el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989, y la acción de reparación directa se limitara a las pretensiones estrictamente reparatorias de perjuicios (...).* JULIO Estrada, Alexei. “La acción de cumplimiento y la protección del ambiente”. En: “15 años de la Constitución Ecológica de Colombia”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 163.

11 Artículo 2 de la Constitución Política de 1991.

12 Artículo 40 numeral 6 de la Constitución Política de 1991.

namiento jurídico tiene una naturaleza multidimensional, ya que al mismo tiempo se constituye en: i) un fin del Estado (artículo 2), ii) un derecho del ciudadano (artículo 40), y, iii) una acción constitucional (artículo 87).

Respecto del desarrollo legislativo de la acción de cumplimiento se han expedido varias leyes que regulan la materia, entre otras las siguientes:

a) La ley 99 de 1993 la cual estableció una acción de cumplimiento (artículo 77) respecto de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente. No obstante, esta acción fue derogada a través del artículo 32 de la ley 393 de 1997.

b) La ley 387 de 1997 que consagró una acción de cumplimiento (de vocación temporal) en su artículo 33 para hacer exigibles las normas de dicho estatuto en favor de la población desplazada. Sin embargo, con el advenimiento de la ley 393 de 1997 queda derogada en la medida que la temporalidad de dicha disposición estaba precisamente sujeta al desarrollo legislativo general del artículo 87 superior.

c) La ley 388 de 1997 la cual establece en su artículo 116 una acción para el cumplimiento de las disposiciones urbanísticas desarrolladas en la citada disposición normativa. Respecto de la vigencia de la ley 388, se han suscitado varias discusiones siendo mayoritaria la aceptación de que su vigencia es actual a título de acción especial en materia urbanística.

d) La ley 393 de 1997 por medio de la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política la cual será objeto de análisis en el siguiente acápite.

En cuanto al objeto de la acción genérica de cumplimiento (artículo 87 constitucional) tanto de su consagración superior, así como de su desarrollo legislativo (artículo 1 de la ley 393 de 1997)¹³, se decanta que está dirigido a proteger la efectivización del principio de legalidad sobre el cual se funda el Estado de Derecho, dotando de carácter justiciable¹⁴ el incumplimiento de las normas con fuerza material de ley y los actos administrativos por parte de las autoridades públicas. De lo anterior se

13 “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos”.

14 Para que el principio de legalidad sea efectivamente realizado, no basta con la posibilidad de enjuiciar vía sancionatoria (penal, disciplinaria, etc.) a las autoridades que no cumplen el ordenamiento jurídico, lo cual hace parte de su deber funcional; aunado a ello, resulta importante que jurídicamente se pueda exigir de las mismas su cumplimiento hecho que resulta parte central del objeto de la acción sub-examine.

concluye que la acción de cumplimiento no está consagrada para proteger una clase especial y/o particular de derechos¹⁵, a contrario sensu, su carácter tuitivo se extiende a todos los derechos, valores, principios y mandatos que se encuentren incorporados en las normas sobre las cuales resulta procedente su reclamación.

Tanto el constituyente como el legislador no desarrollaron dogmáticamente con suficiencia el contenido y alcance del objeto de la acción de cumplimiento, por lo tanto, ha sido tarea de la jurisprudencia (constitucional como contencioso – administrativa) llenar esos vacíos, siendo mayoritariamente aplicada una hermenéutica restrictiva a la hora de definir las normas sobre las cuales puede exigirse el cumplimiento a través de la citada herramienta procesal.

En principio, resulta claro que las leyes (cualquiera que sea su tipología¹⁶) hacen parte del objeto de protección del “mandamus”, sin embargo, existen otras normas que tienen la misma jerarquía que sin ser propiamente leyes si tienen fuerza material de ley, tal es el caso de los decretos autónomos constitucionales, los decretos legislativos, los decretos extraordinarios, los decretos con contenido estatutario y los decretos con fuerza de ley.

De la misma forma, cualquier acto administrativo¹⁷ sin importar su clase (generales, particulares, mixtos, escritos, verbales, expresos o fictos¹⁸) pueden ser objeto de protección mediante la acción en estudio.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia también se ha pronunciado (en ocasiones no de forma uniforme ni pacífica) en torno a las causales de improcedencia contenidas en el artículo 9 de la ley 393 de 1997, así como otras circunstancias adicionales en donde se torna inoperante la acción de cumplimiento, lo cual será objeto de análisis en el próximo acápite.

15 Como sucede con la acción de tutela la cual se encuentra consagrada para la protección de derechos fundamentales; o el caso de las acciones populares las cuales fungen como herramientas procesales para el amparo de derechos colectivos.

16 Orgánicas, estatutarias, marco, ordinarias.

17 Entendido por la jurisprudencia contencioso – administrativa como una declaración unilateral de la voluntad de la autoridad, en función administrativa que crea, modifica o extingue una situación jurídica.

18 Respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento frente a los actos administrativos fictos o presuntos ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia AC-1192 de 2002. M.P. Alier Hernández Enríquez.

1.2 - ASPECTOS PROCESALES:

1.2.1 - TITULARIDAD DE LA ACCIÓN Y LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR ACTIVA

Como titular de la acción el artículo 4 de la ley 393 de 1997 establece que son todas las personas naturales y jurídicas sin exigir de las mismas la demostración de interés legítimo en la causa, de lo cual se decanta que se trata de una acción pública.

De igual manera la disposición normativa en cita establece sobre quienes recae la legitimación por activa, los cuales de conformidad con Quiche pueden resumirse en los siguientes:

“(...) a) La persona afectada con el incumplimiento estatal de la ley o del acto administrativo (...) b) El representante legal, tanto de la persona natural, como de la jurídica (...) c) El apoderado o representante judicial de la persona afectada con el incumplimiento (...) d) Los servidores públicos¹⁹ (...) e) Las organizaciones sociales (...) f) Las organizaciones no gubernamentales (...)”²⁰.

1.2.2 - LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA

La ley en 393 de 1997 consagra en sus artículos 5 y 6 los destinatarios de la acción de cumplimiento los cuáles podrán ser:

a) Las autoridades a quienes les corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza de ley o acto administrativo. Entendiendo el concepto de autoridad en sentido lato, es decir, tanto los servidores de todas las ramas y funciones del poder público (ejecutiva, legislativa, judicial, fiscalizadora, electoral y entes autónomos), así como aquellos particulares que ejercen funciones administrativas, ya que de conformidad con el artículo 2 de la ley 1437 de 2011 éstos últimos tienen la calidad de autoridad.

b) Los particulares respecto de las acciones u omisiones que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o

19 En especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales Distritales y Municipales.

20 QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. Ob. Cit. Pág. 369 y 370.

acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

1.2.3 - JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La jurisdicción encargada de conocer, tramitar y fallar la acción de cumplimiento es la contencioso – administrativa y la competencia para conocer en primera instancia corresponderá a los jueces administrativos y/o Tribunales administrativos conforme a las reglas previstas en los artículos 155-10 y 152 – 16 de la ley 1437 de 2011).

En concordancia con lo citado, el parágrafo del artículo 3 de la ley 393 de 1997 establece que:

“Las Acciones de Cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto. Su trámite se hará a través de la correspondiente Secretaría. El reparto se efectuará por el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, en forma igualitaria”.

1.2.4 - CADUCIDAD

El artículo 7 de la ley 393 de 1997, se refiere a la caducidad bajo la siguiente prescripción normativa:

“Por regla general, la Acción de Cumplimiento podrá ejercitarse en cualquier tiempo y la sentencia que ponga fin al proceso hará tránsito a cosa juzgada, cuando el deber omitido fuere de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad renuente se agota con la ejecución del primer acto. Pero si el deber omitido fuere de aquellos cuyo cumplimiento pueda demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, podrá volver a intentarse sin limitación alguna. Sin embargo, será improcedente por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad”.

De lo anterior se colige que no existe un término de caducidad ya que la acción persigue la protección in genere del principio de legalidad explicitado por medio de las normas con fuerza material de ley y los actos administrativos, y no (como fue dicho con anterioridad), la protección de

una clase de derechos en específico de los cuales habría que mirar si están sujetos a prescripción. No obstante, lo anterior, resulta de valía anotar que, si bien en cierto que la acción puede ser ejercitada en cualquier tiempo, también es cierto que debe existir actualidad y vigencia respecto de las normas respecto de las cuales se pretende el cumplimiento.

1.2.5 - PROCEDIBILIDAD

El inciso primero del artículo 8 de la ley sub – examine, estipula que:

“La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.”

El alcance de dicha disposición tiene una relación íntima e inescindible con el objeto mismo de la acción el cual fue sujeto de análisis en el numeral 1.1. del presente acápite.

El inciso segundo de la norma en cita, establece la constitución de la renuencia como requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento en los siguientes términos:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda”.

La referida condición de procedibilidad es refrendada por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (ley 1437 de 2011), el cual consagra en el numeral 3 del artículo de 161 la constitución de la renuencia como condición ex – ante para la presentación de la demanda.

Con respecto a la petición que debe elevar el reclamante para constituir en renuencia a la autoridad, el Consejo de Estado ha establecido:

“(…) La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud. Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que... el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento(…)”²¹.

Por lo tanto, siguiendo el precedente administrativo en cita, se concluye que para satisfacer el requisito de procedibilidad en cita, no basta con una petición in genere de mandamus, pues de la solicitud realizada se debe evidenciar concretamente el propósito o intención agotar la instancia de reclamación administrativa a efecto de constituir la renuencia para los fines propios de la acción de cumplimiento.

Las condiciones de procedencia de la acción están sujetas al cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que la norma sobre la cual se persigue el mandamus tenga fuerza material de ley o acto administrativo y que contenga un mandato imperativo de cumplimiento; ii) que se haya constituido en renuencia a quien está llamado a cumplir y iii) que se haya agotado la subsidiariedad, es decir, que no existan otros medios para la protección solicitada.

En punto de las condiciones de procedencia de la acción sostiene el Consejo de Estado:

“(…)Para que la demanda proceda, se requiere: a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto; b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal (constitución en renuencia); c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido

21 Consejo de Estado. Sección 5. Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU). 30 de junio de 2016. C.P. Lucy Janeth Bermúdez Bermúdez.

en el acto administrativo (subsidiaridad), salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.(...)²².

1.2.6 - CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.

Sin duda los debates doctrinales y jurisprudenciales más relevantes respecto a la acción de cumplimiento giran en torno a la comprensión, alcance y aplicación de las causales y circunstancias de improcedencia de dicha herramienta adjetiva de protección constitucional; por lo tanto, el presente apartado pretende ahondar en el citado tópico para develar los ejes centrales de la discusión en comento.

1.2.6.1 - CAUSALES DE IMPROCEDENCIA LEGAL DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO:

a) Frente a la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela. (inciso primero del artículo 9 de la ley 393 de 1997).

b) Cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la ley o acto Administrativo, salvo, que, de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. (inciso segundo del artículo 9 de la ley 393 de 1997).

Esta causal de improcedencia establece el requisito de subsidiariedad para acudir a la acción de cumplimiento, es decir, que para poder hacer uso de esta herramienta procesal no debe contarse con otro medio de defensa judicial para lograr el “mandamus” respecto de la norma de la cual se demanda el cumplimiento excepto cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado un perjuicio grave e inminente.

Respecto de este tópico precisó la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998:

22 Consejo de Estado. Sección 5. Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU). 30 de junio de 2016. C.P. Lucy Janeth Bermúdez Bermúdez.

“(…) Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el constituyente –la acción de cumplimiento– es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cuál no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento. Iguales consideraciones son válidas respecto de los actos administrativos de contenido general (...) Cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. En tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho puede acudir a los mecanismos ordinarios para lograr el cumplimiento de tales actos. En otros términos, no es inconstitucional que el legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo (...)”.

Entorno a la excepción de la subsidiariedad ante la existencia de un perjuicio grave e inminente el Consejo de Estado a sostenido:

“(…) La subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales... a manera enunciativa por vía de ejemplo, la acción constitucional en estudio no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales, imponer sanciones, hacer efectivo los términos judiciales de los procesos, o perseguir indemnizaciones, por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas. Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior(...)”²³.

23 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia ACU- 25000-23-41-000-2013-

c) Respetto de las normas que establezcan gastos.

Esta causal de improcedencia fue introducida por el parágrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997, disposición que sería objeto de declaratoria de exequibilidad en la citada sentencia C-157 de 1998 bajo el entendido que “las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración, correlativos deberes de gasto”.

Esta lamentable interpretación de la Corte no fue compartida por la totalidad de los miembros de la Sala, a contrario sensu, tres magistrados salvaron voto develando las falencias de la posición mayoritaria en la medida que la causal de improcedencia bajo examen resulta incompatible con el artículo 87 superior, el cual no hace distinción sobre la clase y/o tipología de leyes sobre las cuales no procedería el “mandamus”; aunado a ello, mantener dicha disposición en el ordenamiento jurídico supondría alentar a la irresponsabilidad de las autoridades para aprobar leyes de gasto sin la correlativa obligación de tener que cumplirlas. Respetto del particular anotaron los magistrados disidentes:

“(…) Lo que se buscó en 1991 con la aprobación del artículo 87 de la Carta fue, justamente, contrarrestar el fenómeno de las numerosas normas expedidas en el país y consuetudinariamente incumplidas, incluyendo las que ordenaban gastos. Un Estado serio y consecuente opta por una de dos vías: cumple las leyes que decretan gastos, las cuales, en cuanto normas jurídicas, constituyen mandatos que deben tener efectividad en la vida real, o se abstiene de aprobar leyes de gastos si no hay recursos para efectuarlos. Pero lo que resulta de la norma enjuiciada, y del Fallo que nos ocupa, es exactamente lo contrario: que el Estado decrete gastos, sin límite ni medida -para acallar, por ejemplo, reclamos regionales, protestas populares, huelgas o críticas de la opinión pública-, y que se reserve el derecho de cumplir o no los compromisos contraídos. En síntesis, es lícito y constitucional el engaño a los gobernados, a quienes se ilusiona primero con leyes aprobatorias de gastos, se los desilusiona después con el incumplimiento de las mismas, y finalmente se los despoja del único mecanismo judicial del que los dotó el Constituyente para su defensa (...)”²⁴.

02833-01 de 2014. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

- 24 Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998. Salvamento de Voto Magistrados Carlos Gaviria, José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo Mesa.

A pesar de la vigencia de la causal de improcedibilidad en estudio, la cual prima facie y por regla general haría nugatoria su utilización para la protección de derechos emanados de los deberes asistenciales y/o prestacionales, el Consejo de Estado ha desarrollado una vía hermenéutica que permite la utilización excepcional del mandamus respecto de normas relativas al gasto. Respecto de esta plausible posición jurisprudencial anota Julio:

“(...) En este sentido la jurisprudencia contencioso – administrativa ha realizado notables esfuerzos interpretativos para intentar eludir la restricción de este mandato legal, y ha diferenciado entre normas que implican gastos y normas que establecen gastos, por una parte²⁵, así como también entre la mera ejecución de un gas-

25 “(...) la sentencia ACU-552 de 1999 ... Sostuvo la Sección Tercera al respecto: “No en todos los casos en donde el débito prestacional comporte una erogación en dinero, se configura la excepción del párrafo en comento, pues de ser este el entendimiento de la norma, se desnaturalizaría el mecanismo constitucional consagrado en el artículo 87 de la Carta Política, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, las conductas exigibles de las autoridades públicas, directa o indirectamente, conllevan una erogación. (...) No es de recibo, una interpretación genérica y absoluta, sobre la improcedencia del cumplimiento de normas que establezcan gastos, si se tiene presente que, agotadas las competencias y discrecionalidades constitucionales en la facción del tema presupuestal, incluida la noción de gasto, dicho presupuesto, ha de ser cumplido mediante su ejecución por varias autoridades públicas, las cuales pueden desatender normas positivas de carácter material o actos administrativos, concebidos para el cumplimiento y asignación de los recursos públicos. En otros términos, si la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, implican un gasto, la limitante legal no es predicable cuando se trata de la ejecución presupuestal como que no puede el intérprete soslayar que el párrafo declarado exequible es, cuanto lo primero, norma exceptiva y, además ha de tener presente que el razonamiento y la argumentación expuestas por la Corte, se contraen única y exclusivamente al respecto de las competencias y la aplicación de los principios en materia de facción presupuestal. Una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto, la vocación natural de estos, es la de ser efectivamente destinados a la satisfacción de la función social para el cual están concebidos. Esta sola reflexión sugiere, al intérprete, el análisis de la pretensión de cumplimiento en concreto, pues que una vez ordenado, presupuestado y apropiado el gasto, todas las autoridades encargadas de su ejecución, han de cumplirlo y ello, desde la óptica de la norma constitucional contenida en el artículo 87 de la Carta Política, impone su cumplimiento. De ello se sigue que, en tanto el núcleo esencial del precepto cuyo incumplimiento se predica –contenido prestacional del precepto normativo- imponga una conducta a la autoridad pública destinataria de la norma que establece el gasto, no hay razón constitucional ni legal para excluir, de esta especial forma de control constitucional, el cumplimiento del precepto (...)”.

to ya contemplado presupuestalmente y su creación²⁶, o entre la actualización presupuestal y la creación de un gasto. Al igual que ha defendido la procedencia de la acción de cumplimiento para la protección de la población débil o vulnerable, como los desplazados²⁷ o las víctimas de las catástrofes naturales²⁸, así también cuando se trate de hacer cumplir normas que implican la ejecución de deberes prestacionales onerosos para la administración (...)²⁹.

1.2.6.2 - CIRCUNSTANCIAS DE IMPROCEDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO:

a) Respecto de las normas constitucionales.

Uno de los temas más regresivos para el garantismo constitucional en la acción sub-examine, ha sido la inexplicable, inconveniente y arbitraria restricción introducida por la jurisprudencia (vía improcedencia) respecto de la posibilidad de reclamar mediante “mandamus” el cumplimiento de las normas constitucionales, ya que la interpretación ultra exegética del concepto “ley” desconoce por completo el carácter normativo de la Constitución con su corresponsal supremacía (artículo 4 superior)³⁰.

La improcedencia en comento, en principio fue reconocida de forma tácita por parte de la Corte Constitucional al declarar sin condicionamiento la exequibilidad del artículo 1 de la ley 393 de 1997 en la

26 “(...) Es ilustradora en este sentido la Sentencia ACU-002 de 2002, decisión en la que se afirma respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento para exigir la ejecución de una partida presupuestal: “De otra parte, la Sala advierte que la presente acción no implica la creación de gastos, pues, como quedó visto, la partida presupuestal se encuentra debidamente apropiada. Cosa diferente es que se persiga su ejecución, para lo cual es procedente la acción de cumplimiento de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación”. Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade”.

27 “Sentencia ACU-573 de 1999, Sección Tercera, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros”.

28 “Sentencia ACU-589 de 1999. Sección Tercera, C.P. Juan de Dios Montes Hernández”.

29 JULIO Estrada, Alexei, Ob. Cit. Pág. 173 y 174.

30 Respecto de esta discusión afirma Camargo “... El artículo 87 de la Constitución Política, como precepto constitucional, tiene una interpretación no restrictiva, sino pro homine, pues la acción de cumplimiento tiene por objeto la protección de los derechos de la persona (...) Si la acción tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las leyes en el Estado de derecho, no se ve razón alguna válida para excluir el cumplimiento de las normas constitucionales de la norma normarum...”. CAMARGO, Pedro Pablo. “La acción de cumplimiento”, Leyer, Bogotá, 2013, pág. 143.

sentencia C-157 de 1998, decisión respecto de la cual tres magistrados elevaron salvamento de voto en los siguientes términos:

“(…) Con nuestro acostumbrado respeto, nos permitimos salvar nuestro voto de la presente sentencia, que declaró exequibles, sin efectuar mayores consideraciones, varios apartes de la Ley 393 de 1997, en los cuales se indica que la acción de cumplimiento procede en relación con normas con fuerza material de ley o acto administrativo. No podemos compartir esa determinación, ya que de esa manera la sentencia ha admitido, tácitamente, que esta acción no se puede invocar para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, lo cual desconoce la vocación normativa de la Carta (CP art. 4º). Por ello, según nuestro criterio, la sentencia debió condicionar el alcance de los artículos 1º, 3º y 5º de la Ley 393 de 1997, en el sentido de que la acción de cumplimiento puede también ser utilizada para hacer efectivos los mandatos constitucionales. La sentencia no justifica esa restricción de la presente acción a las normas con fuerza de ley o a los actos administrativos, pero tal vez el sustento sea una interpretación exegética del artículo 87 superior, según el cual este mecanismo judicial existe para “hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”. Sin embargo, esa interpretación literal de la palabra “ley” no nos parece admisible, pues la Constitución es la norma de normas (CP art. 4º), lo cual significa no sólo que ella es superior a las otras disposiciones del ordenamiento sino también que es una norma, esto es, que sus contenidos deben ser aplicados directamente por los funcionarios judiciales y respetados por las autoridades y por los particulares. Por esa misma razón, esta Corporación ha señalado, en numerosas oportunidades, que cuando el artículo 230 señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley, debe entenderse que, con mayor razón están sometidos al imperio de la Constitución por ser ésta la norma de normas. Por ende, en estos casos una interpretación exegética de la palabra “ley” no sólo menoscaba la fuerza normativa de la Carta sino que además desconoce que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP art. 2º) (...)”³¹.

Posteriormente la Corporación reitera su posición de exclusión del “mandamus” sobre las normas constitucionales, esta vez de forma expresa aduciendo la dificultad de concreción de los deberes de cum-

31 Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998. Salvamento de Voto Magistrados Carlos Gaviria, José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

plimiento contenidos en una norma de marcada textura abierta, polise-
mántica y principialista como la Constitución, y, aunque reconoce que
si existen reglas constitucionales que claramente definen los deberes y/o
mandatos junto con quienes están obligados a los mismos, también en-
cuentra que el constituyente le encomendó la guarda de la supremacía
e integridad de la Carta superior a la Corte Constitucional, respecto de
lo cual decanta que permitir la aplicación de la acción de cumplimiento
respecto de normas constitucionales rompería el principio de separación
de poderes. En punto de discusión la Corporación concluyó:

“(...) En ese mismo orden de ideas, la acción de cumplimiento
tiene un fundamento constitucional explícito en el artículo 87 de
la Carta, en el cual se regula su ámbito de aplicación, limitándolo
al “*cumplimiento de [un deber contenido en] una ley o un acto
administrativo*”. Por lo tanto, de acuerdo con una interpretación
restringida del término ley, la Constitución quedaría excluida de
la acción de cumplimiento (...)”³².

Bajo idéntica posición hermenéutica se reitera el máximo intér-
prete constitucional en reciente unificación sosteniendo que:

“(...) En particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucio-
nal ha establecido que esta acción procede para hacer cumplir,
exclusivamente, mandatos contenidos en normas con fuerza
material de ley y en actos administrativos (...)” (negrilla y su-
brayado fuera de texto)³³.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado también ha sido de la
posición (por parte de la mayoría de sus miembros), de la regla de impro-
cedencia en estudio, no solo excluyendo la posibilidad del “mandamus”
respecto del articulado en estricto que compone la Constitución, sino que
ha extendido dicha comprensión frente a las normas que integran el blo-
que de constitucionalidad. Respecto del particular el órgano de cierre de
lo contencioso – administrativo ha sostenido:

“(...) La Sala considera pertinente precisar que el artículo 87 ibi-
dem y el artículo 1 de la Ley 393 de 1997 prevén que la acción de
cumplimiento es un mecanismo al que puede acudir toda persona

32 Corte Constitucional. Sentencia C-651 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Corte Constitucional. Sentencia SU 067 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

para exigir a las autoridades públicas o los particulares, que actúan en ejercicio de funciones públicas, el cumplimiento real y efectivo de las normas con fuerza de ley y los actos administrativos. En consecuencia, los textos constitucionales no pueden ser objeto de la acción de cumplimiento. (...) La misma suerte de improcedencia ha de correr la solicitud de cumplimiento planteada frente al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues esta disposición se considera incorporada al texto fundamental en aplicación al denominado bloque de constitucionalidad. Dicha acepción, comprende aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera improcedente la solicitud de cumplimiento del actor respecto al cumplimiento de los artículos 323 de la Constitución Política y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia (...) ³⁴.

b) Respecto de las normas en el curso de un proceso judicial:

El Consejo de Estado ha establecido que la aplicación de las normas sustanciales y adjetivas por parte del juez al interior de un proceso judicial no son susceptibles de ser enjuiciadas vía acción de cumplimiento, en la medida que de permitirse se estarían violando los principios de independencia y seguridad jurídica. En punto de discusión anota la Corporación:

“(...) Esta Sala reitera y se ratifica en la tesis expuesta, según la cual no es procedente el ejercicio de la acción de cumplimiento, para reclamar de los operadores judiciales, al interior de un proceso judicial, la aplicación de normas, sean estas, de carácter sustancial o procesal. Lo anterior porque esto atenta contra la autonomía de los jueces naturales e incluso contra la seguridad jurídica. Debe aclararse al actor que la causal de improcedencia que invocó el juez de primera instancia consiste en que este mecanismo constitucional no se previó con el fin de obtener la aplicación de normas en el curso de una actuación judicial donde la competencia recae precisamente en el juez conductor del proceso y, en el que, además, las partes cuentan con diferentes instrumentos para ejercer

34 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia ACU- 25000-23-41-000-2013-02833-01 de 2014. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

los derechos que le asisten como tales (...)”³⁵.

Esta posición jurisprudencial también ha sido acogida por la Corte Constitucional añadiendo que no puede ser utilizado el “mandamus” para perseguir la adecuación hermenéutica de ciertas normas al interior del proceso judicial so pretexto de demandar su cumplimiento:

“(…) La acción de cumplimiento señaló esta Corporación[19] “está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso[20], y no al reconocimiento *por parte de la administración* de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos *que el particular espera que se le reconozcan*[21]. Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales[22], pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretados[23]”³⁶

35 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia ACU- 27001-23-33-000-2014-00002-01 de 2014. M.P. Susana Buitrago Valencia.

36 Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Las referencias 19 a la 23 correspondiente al abstract jurisprudencial en cita son las siguientes: [19] C-1194-01. [20] Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de “derecho viviente” que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. “está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 –acto administrativo de carácter general – expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá”. [21] Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22 de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que “para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial” distinto a la acción de cumplimiento.

En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá "reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho", conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero). [22] Cfr. la sentencia ACU-141 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 13-de febrero de 1998, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. En esta oportunidad el actor pretendía mediante una acción de cumplimiento esclarecer el tipo de funciones que le corresponde cumplir a la Registraduría frente a la posibilidad de llevar a cabo un referendo derogatorio en la ciudad de Manizales que en su opinión era inocuo. En dicha ocasión se dijo: "se trata, pues, a través de la acción de cumplimiento, como su nombre lo indica, de hacer efectivo el cumplimiento del ordenamiento jurídico, por parte de las autoridades competentes; para lograr tal objetivo se requiere que tal ordenamiento consagre de manera clara determinada obligación para la administración, lo cual excluye que a través de la acción de cumplimiento se puedan promover interpretaciones respecto a la existencia de una obligación {contenidas en la Ley 134 de 1994}, pues la finalidad es exigir el cumplimiento de las existentes, y no provocar, vía interpretación, la consagración de obligaciones". [23] La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular, circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2o., 3o., 5o., y 9o., todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: "cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado 'un perjuicio grave e inminente'. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya conside-

c) Respetto de la pretensión de establecer el estatus de legalidad de los actos administrativos.

De la manera homogénea y reiterada tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han sostenido que resulta improcedente la acción de cumplimiento como mecanismo para establecer la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, a contrario sensu, su procedencia gira entorno a procurar la vigencia y efectividad de los mismos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del máximo órgano de lo contencioso – administrativo ha compilado la línea jurisprudencial de ambas Corporaciones en cita respecto del tópico de improcedencia en estudio, por lo tanto, se ha de citar uno de sus conceptos in extenso:

“(…) Ha dicho la Corte Constitucional, sobre este particular, desde la consagración constitucional de la acción de cumplimiento en el artículo 87 Superior: “El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”.⁴ “La naturaleza de la acción de cumplimiento la aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos. Lo que el constituyente quiso fue establecer un mecanismo para hacer efectivos mandatos o derechos expresamente consagrados en la ley o en el acto administrativo anterior, sobre los cuales no existe discusión o incertidumbre. (...) Si lo que el constituyente busca es lograr el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, el legislador asegura de mejor manera este propósito diseñando para el trámite de la acción de cumplimiento un procedimiento breve y ad hoc, que excluya la posibilidad de que dentro de él se surta un debate encaminado a la declaración de derechos, como es el propio de un juicio de responsabilidad contractual o extracontractual. Si tan posibilidad

rado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo”.

se abriera, el juicio sería más dilatado, y el efectivo cumplimiento de la ley o el acto administrativo quedaría, entre tanto, en entre dicho 5”. “La acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso. (...) Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el “cumplimiento de un deber omitido” contenido en “una ley o acto administrativo” que la autoridad competente se niega a ejecutar (...). De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozcan. Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretados.” 6 . “La razonabilidad de la limitación del objeto de esta acción al cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos se ve reforzada por el hecho de que los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se refirieron exclusivamente a la necesidad de garantizar el cumplimiento de estas dos fuentes de derecho. (...) el constituyente Juan Carlos Esguerra, al identificar el problema que se pretendía enfrentar al consagrar la acción de cumplimiento, el incumplimiento de la ley, y de los mismos actos administrativos, por parte del gobierno. Sus palabras fueron: “... en el Estado de Derecho uno de los postulados fundamentales es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley. Las leyes no pueden seguir siendo diagnósticos, no pueden seguir siendo sueños, no pueden seguir siendo buenas intenciones, no pueden seguir siendo románticas declaraciones. Una ley es por definición una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, entonces, lo que estamos haciendo aquí es expresar eso, porque no podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenan carreteras””. 7 Por su parte, el Consejo de Estado en abundante jurisprudencia emanada de las diferentes secciones, ha señalado sobre el objeto y la procedencia esta acción consagrada en el artículo 87 de la Carta y desarrollado en la ley 393 de 1997, lo siguiente: La acción de cumplimiento prevista en el artículo 87

de la Constitución busca hacer efectivo el Estado Social de Derecho, haciendo real por parte de las autoridades el cumplimiento de las normas, que de acuerdo con el principio de legalidad enmarcan el ejercicio de las funciones a su cargo. 8 . En virtud de lo consagrado en la reglamentación contenida en la ley 393 de 1997, toda persona puede acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. 9 Entre los requisitos mínimos exigidos para la procedencia de la acción, se encuentran: “a) Que la obligación que se pida hacer cumplir esté consignada en la ley o en el acto administrativo (...) b) Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad frente a la cual se reclama el cumplimiento; y c) Que se pruebe la renuencia del exigido a cumplir, o que se pruebe que el cumplimiento se ha pedido directamente a la autoridad de que se trate.” 10 . No es posible para el juez que conoce de una acción de cumplimiento, convertirla en acción contenciosa y entrar a discutir y establecer el derecho del accionante. Si la obligación no está clara, si existen diferentes interpretaciones sobre la norma que se pretende se cumpla, el particular afectado cuenta con otros mecanismos de defensa judicial a través de los cuales puede discutir y hacer valer sus derechos. 11 La acción de cumplimiento no es el mecanismo apropiado para establecer la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, lo que se busca es el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, a fin de que el contenido de éste o de aquella tenga concreción en la realidad y no quede su vigencia real y efectiva supeditada a la voluntad particular de la entidad pública. 12 A través de la acción de cumplimiento no es posible “obtener derechos cuya titularidad esté en discusión. La acción, se repite, debe dirigirse a lograr la efectividad y el respecto de los ya existentes, o mejor, a que se cumplan las normas que los reconocen”. 13 La acción de cumplimiento sólo procede respecto de actos ejecutorios, esto es en firme por haber concluido el procedimiento administrativo, cuyo mandato sea “imperativo, inobjetable, expreso, que no ofrezca el más mínimo motivo de duda”. 14 (...)³⁷

37 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 1685 de 2005. M.P. Flavio Rodríguez Arce. Las referencias No. 4 a la 14 que se indican en el abstract jurisprudencial citado, corresponden a las siguientes: 4 Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998. Jurisprudencia concordante: C-193 de 1998. 5 Corte Constitucional. Sentencia C-638 de 2000. 6 Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2001. 7 Corte Constitucional. Sentencia C-651 de 2003. Concordancia: Gaceta Constitucional No. 52 17/04/91. 8 Consejo de Estado. Sentencia ACU 020 de 1997. 9 Consejo de Estado. Sentencia ACU 054 de 1997. 10 Consejo de Estado. Sentencia ACU 085 de 1997. 11 Ibidem. 12 Consejo

d) Respeto de actos jurídicos que no detentan la calidad in estricto de normas (leyes o actos administrativos):

Fieles a la posición hermenéutica exegetico – restrictiva adoptada por la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento, la posición mayoritaria del Consejo de Estado ha descartado la posibilidad de utilizar la citada herramienta procesal para pretender el “mandamus” de actos jurídicos que no detentan en estricto sentido la calidad de leyes o actos administrativos tales como i) las providencias judiciales, ii) los contratos estatales y iii) los convenios interadministrativos. Respecto de éstos tópicos sostiene la Corporación:

“(...) También ha reiterado la sala en otras oportunidades, que las providencias judiciales, como actos jurisdiccionales que son, no tienen, por lo mismo, el carácter de ley en sentido material, ni de acto administrativo, razón por la cual la acción instaurada para hacer efectivo el cumplimiento de una providencia judicial resulta improcedente (...)”³⁸.

“(...) Los contratos no son leyes ni actos administrativos. Resulta improcedente el cumplimiento ya que el accionante cuanta no solo con la acción consagrada en el artículo 87 del CCA, que le permite, entre otras posibilidades, pedir que se declare la nulidad y el incumplimiento del contrato y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios causados, sino también, con la acción ejecutiva contractual, con base en la liquidación del contrato, si de ella emana (...)”³⁹.

“(...) Este convenio además de no ser *per se* objeto de la acción de cumplimiento, si bien es de carácter administrativo, es básicamente un contrato que solo obliga a las partes contratantes, de suerte que su ejecución o cumplimiento, solo puede reclamarse por quienes lo suscriben, mediante los procedimientos y mediante las acciones legales consagradas en la ley. Esta sola circunstancia hace improcedente la acción de cumplimiento instaurada (...)”⁴⁰.

de Estado. Sentencia ACU 054 de 1997; ACU162 de 1998; ACU 615 de 1999. 13 Consejo de Estado, Sentencia ACU 085 de 1997. 14 Consejo de Estado. Sentencia ACU 615 de 1999; ACU 1092 de 2000; ACU 3151 de 2001; ACU 866 de 2001.

38 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia ACU-627 de 1999. M.P. Manuel Urueta.

39 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia acu-132 de 1998. M.P. Germán Ayala Mantilla.

40 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia ACU-627 de 1999. M.P. Manuel Urueta.

1.2.7 - TRÂMITE

Una vez instaurada la acción de cumplimiento, el trámite se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad (artículo 2 de la ley 393 de 1997).

La demanda (solicitud) debe cumplir los siguientes requisitos formales conforme lo establece el artículo 10 de la ley en estudio:

“1. El nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la acción. 2. La determinación de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo incumplido. Si la Acción recae sobre Acto Administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de Acto Administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia. 3. Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento. 4. Determinación de la autoridad o particular incumplido. 5. Prueba de la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8 de la presente Ley, y que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva. 6. Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer. 7. La manifestación, que se entiende presentada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad”.

La acción de cumplimiento tendrá un trámite preferencial y será sustanciada con prelación sobre los demás asuntos por el juez competente con excepción del trámite de la acción de tutela o habeas corpus (artículo 11 ley 393 de 1997).

Respecto de la admisión, notificación y traslado de la solicitud de cumplimiento, el artículo 13 de la norma en cita establece:

“Dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación, el Juez decidirá sobre su admisión. De ser admitida, el Juez ordenará su notificación personal al demandado y la entrega de una copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes a la admisión. Si no fuere posible, el Juez podrá recurrir a la comunicación telegráfica o a cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

El auto también informará que la decisión será proferida dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión de la solicitud de

cumplimiento y que tiene derecho a hacerse parte en el proceso y a allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación”.

Salvo el auto interlocutorio que niegue la práctica de pruebas (el cual será susceptible del recurso de reposición), los autos que se dicten dentro del trámite de la acción de cumplimiento no tendrán recursos.

Si dentro del trámite de la acción la autoridad y/o particular contra quien se dirige desarrolla la conducta requerida contenida en la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, podrá darse la terminación anticipada del proceso mediante auto en el cual se condenará en costas.

Una vez surtidas las etapas descritas, y conforme lo establece el artículo 20 de la ley 393, el juez deberá proferir fallo el cual deberá contener:

“1. La identificación del solicitante. 2. La determinación de la obligación incumplida. 3. La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento. 4. La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido. 5. Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el Juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia. 6. Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija. 7. Si hubiere lugar, la condena en costas”.

Una vez notificado el fallo, éste podrá ser impugnado por el solicitante, por la autoridad renuente, por el particular renuente o por el Defensor del Pueblo dentro de los tres (03) días siguientes a la correspondiente notificación.

En firme el fallo que ordena el cumplimiento del deber omitido, el renuente deberá cumplirlo con inmediatez, de no hacerlo el accionante podrá:

“(...) informarle al juez que conoció del pleito, para que se dirija al superior de la autoridad renuente, a efectos de que este requiera el cumplimiento de la orden y abra el respectivo proceso disciplinario; solicitarle al juez de conocimiento que adopte nuevas medidas para el cumplimiento de la orden, de acuerdo con el artículo 25 de la ley; y solicitarle al juez, según lo previene el

artículo 29, que abra incidente de desacato “*sancionable de conformidad con las normas vigentes*” (...)”⁴¹.

Por último, el artículo 30 de la ley 393 establece, que, en los aspectos no regulados por dicha normativa, será de aplicación el código de procedimiento y de lo contencioso administrativo en lo que sea compatible con la pretensión de cumplimiento.

2 - EL MEDIO AMBIENTE COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA

2.1 - LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ECOLÓGICAS

Como fue anotado con anterioridad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional acuña el término “Constitución ecológica” para hacer referencia al conjunto de normas superiores tanto del estricto orden interno como aquellas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que tienen como objeto principal, regular la relación que existe entre las personas⁴² y la naturaleza, en procura de proteger el medio ambiente, y en consecuencia, la vida digna y derecho a la coexistencia presente y futura.

Resulta por lo tanto, novedoso para nuestro ordenamiento jurídico, imbricar conceptos elevados a canon constitucional de escaso desarrollo dogmático tales como naturaleza, ambiente sano, medio ambiente, desarrollo sostenible, función ecológica, etc., los cuales aunque hacen parte de un mismo corpus, tienen un estatuto teórico propio que en la mayoría de las ocasiones no es claro ni para el constituyente, el legislador ni la jurisprudencia. De la misma forma, la determinación de la naturaleza jurídica de las disposiciones de la Constitución ecológica, también ha estado caracterizada por la complejidad y multi – dimensión de las esferas que abarca.

Sin embargo, la articulación de los elementos esenciales de la Constitución ecológica, ha sido el resultado de un proceso de internacionalización fincado en la asunción de compromisos de tratados y pactos internacionales. En este sentido sostiene Londoño:

41 QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. Ob. Cit. Pág. 378.

42 Concebidas individualmente y como parte de un colectivo.

“(…)Estos derechos surgen frente a necesidades sociales colectivas, y su reconocimiento se inicia a través de los instrumentos internacionales; debido a que la denominación de derechos ecológicos ha sido una de las más reconocidas en la doctrina internacional y su impacto es innegable (...)”⁴³.

Respecto de los principales instrumentos de derecho internacional desarrollados para la protección de los derechos ecológicos, anota Cárdenas:

“(…) El primero fue el tratado o pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, en la parte I, artículo 1, numeral 2 que señala para este propósito lo siguiente: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.” Luego, en Estocolmo, en el año de 1972, las naciones unidas para hacer más específico el artículo anterior, promulga la declaración sobre el medio ambiente humano y en su principio número 1 señala: “El hombre tiene derecho a la libertad, igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”. Posteriormente, en Rio de Janeiro, en el año de 1992, las naciones unidas en la Conferencia sobre el medio ambiente y desarrollo, complementa lo indicado en el año de 1972, y señala en el principio 1 lo siguiente: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”, debido a que ahora el derecho humano al medio ambiente no es factible su garantía si no se armoniza o pondera con el desarrollo de los pueblos. (...)”⁴⁴

Con fundamento en los instrumentos citados y otros adicionales

-
- 43 LONDOÑO Toro, Beatriz. “Algunas reflexiones sobre la exigibilidad de los derechos colectivos y del ambiente. En: “Perspectivas del derecho ambiental en Colombia”. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pág. 48.
- 44 CÁRDENAS Hernández, Carlos Alfonso. “Aproximación conceptual constitucional sobre el medio ambiente sano, la libertad de empresa y el desarrollo sostenible”. En: “Estado y Derecho en clave constitucional”. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, 2012, pág. 218 y 219.

de los cuales Colombia es parte, la Corte Constitucional ha concluido que se desató todo un fenómeno de internacionalización de las relaciones ecológicas. En punto de discusión sostiene la Corte:

“(...) Existe un mandato de orden constitucional sobre la internacionalización de las relaciones en asuntos ecológicos. En efecto, el artículo 226 de la Constitución señala: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. La Corte, en la sentencia 671 de 2001, no dudó en calificar el punto como “La internacionalización de las relaciones ecológicas” (...)”⁴⁵.

“(...) La protección del medio ambiente, dentro del derecho internacional, se ha intensificado paralelamente con el desarrollo de la legislación interna de la mayoría de los países, como respuesta a la creciente degradación del mismo y las amenazas de una evidente degradación futura. Es sabido que la mayor afectación del medio ambiente la constituyen causas antropogénicas, es decir, aquellas derivadas de la actividad humana tendentes a la satisfacción de sus necesidades. Estas actividades, desarrolladas especialmente desde el siglo anterior, cuando los procesos industrializados y la población mundial se aceleraron tan abruptamente, ejercidas sin un criterio de sostenibilidad, generan un impacto negativo sobre los recursos naturales y el ecosistema global. Dichos impactos sobre el medio ambiente son evidentes: polución terrestre, aérea y marina, lluvia ácida, agotamiento de la capa de ozono, calentamiento global, extinción de especies de fauna y flora, degradación de hábitats, deforestación, entre muchos otros. “En oposición al principio según el cual la soberanía de los Estados implica su autodeterminación y la consecuente defensa de intereses particulares, enmarcados dentro del límite de sus fronteras políticas, la degradación del medio ambiente, al desbordar estas fronteras, se convierte en un problema global. En consecuencia, su protección se traduce en un propósito conjunto de todos los Estados, que a su vez se preparan para enfrentar un futuro común. Se pueden citar muchos ejemplos sobre las implicaciones globales del deterioro del medio ambiente, el cual por lo general es irreversible: en varias ocasiones la polución afecta a Estados distintos al que contiene la fuente de la misma; el calentamiento de la tierra proviene de actividades que se generan en una multiplicidad de

45 Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Estados y sus efectos se resienten en todo el planeta; las especies migratorias atraviesan territorios que abarcan diversos Estados; en general, los distintos ecosistemas son multidimensionales y los elementos de cada uno guardan una compleja interrelación, por lo que no contemplan fronteras geopolíticas (...)”⁴⁶

2.2 - NATURALEZA JURÍDICA Y NÚCLEOS ESENCIALES DEL MEDIO AMBIENTE.

A continuación, se presenta una aproximación al desarrollo teórico – jurisprudencial que se ha realizado a algunos de los componentes de la noción jurídica de medio ambiente.

El concepto de medio ambiente (el cual resulta un eje central de la Constitución ecológica) ha sido desarrollado bajo el cobijo de varios y disímiles ejes teóricos. Sobre éste tópico sostiene Amaya:

“(...) la Constitución Política de Colombia, vigente desde 1991, acoge la protección y defensa del medio ambiente desde varios puntos de vista. En primer lugar, como una obligación en cabeza del Estado y de los particulares; en segundo lugar, como un derecho y un deber colectivo; en tercer lugar, como un factor determinante del modelo económico que se debe adoptar y, por último, como una limitación al ejercicio pleno de los derechos económicos (...)”⁴⁷.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desarrolla el estudio del medio ambiente en torno a la comprensión varios núcleos esenciales. Para ilustrar lo anotado, véase el siguiente desarrollo doctrinal la citada Corporación:

a) medio ambiente como derecho fundamental.

“(...) Conforme a las normas de la Carta que regulan la materia ecológica, a su vez inscritas en el marco del derecho a la vida cuya protección consagra el artículo 11 del mismo ordenamiento, esta Corte ha entendido que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo

46 Corte Constitucional. Sentencia C- 671 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

47 AMAYA Navas, Oscar Darío. “La Constitución ecológica de Colombia”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002, pág. 145.

económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.(...)⁴⁸

b) medio ambiente como derecho colectivo.

“(...) Ahora bien, a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias *“hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”* (...)”⁴⁹

c) medio ambiente como derecho – deber.

“(...) El ambiente ha sido uno de los principales elementos de configuración y caracterización del orden constitucional instituido a partir de 1991. En la Constitución vigente la protección del ambiente fue establecida como un deber, cuya consagración se hizo tanto de forma directa –artículo 79 de la Constitución-, como de forma indirecta –artículos 8º y 95 – 8 de la Constitución-; al respecto la Corte manifestó en la sentencia C-760 de 2007, “[d] e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”. El énfasis de la Constitución de 1991 se materializa en un cúmulo de disposiciones que, entendidas sistemáticamente, denotan la im-

48 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

49 Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

portancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el ambiente, ya sea como principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional(...)⁵⁰.

d) medio ambiente como objetivo de principio.

“(...) La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección (...)”⁵¹

“(...) La conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, “en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud”. Al efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros (...)”⁵².

De lo anterior se colige, que la dificultad para “homogenizar” un concepto tan complejo como “medio ambiente”, radica en que esencialmente no es en estricto sentido un concepto jurídico⁵³; sin embargo, a la hora de concretarlo en una dogmática jurídica, resulta desde el punto de vista de la teoría de los derechos que comparte tanto características propias de los derechos iusfundamentales, así como algunas propias de los derechos colectivos, respecto de lo cual sería más propio referirse al

50 Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

51 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

52 Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

53 O en el meyor de los casos un concepto jurídico indeterminado.

medio ambiente como un derecho “social fundamental”. Respecto de este concepto explica Mezzetti:

“(…) La idea de fondo que permea de por sí el proceso de formación del Estado social de derecho se concreta en la tesis por la cual los derechos sociales son derechos humanos fundamentales y para ser exigibles necesitan de dos condiciones estructurales: a) ser concebidos como “indivisibles” respecto a los demás derechos fundamentales (civiles y políticos) y b) estar enraizados en un contexto, en un espacio social e institucional, también “multinivel”, en el que el Estado ejerce un papel decisivo, como regulador general y actuador de los mismos (...)”⁵⁴.

2.3 - PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Con fundamento en lo expuesto a lo largo del presente estudio, podemos decantar que la acción de cumplimiento aunque fue una conquista muy importante del constituyente de 1991, su posterior, inconveniente y precaria regulación a través de la ley 393 de 1997 y la correspondiente adopción de una hermenéutica jurisprudencial exegética y regresiva, han hecho de este destacado instrumento del derecho procesal constitucional un verdadero “saludo a la bandera”, en la medida que resultan más numerosas las causales y circunstancias de improcedencia que las vías para su utilización material y efectiva.

Es absurdo y un completo contrasentido, que la Constitución y el bloque a ella integrado, que resultan ser la representación suprema del derecho objetivo, no puedan ser objeto de cumplimiento a través del “mandamus”, siendo esta la principal herramienta para reivindicación del principio de legalidad sobre el cual se funda el Estado de Derecho, el cual no se satisface solo por consagrar normas sobre la base de procedimientos ex – ante revestidos de validez; pues solo con el cumplimiento real y efectivo de las mismas es que se adquiere legitimidad y se brinda seguridad jurídica y justicia.

Por lo tanto, la Constitución ecológica (y en especial el medio ambiente) para poder ser objeto de protección mediante la acción de cumplimiento debe ser justiciable a través del amparo de normas de se-

54 MEZZETTI, Luca. “Los derechos sociales fundamentales”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015, pág. 13.

gundo orden tales como: ley 2 de 1959⁵⁵, decreto 2811 de 1974⁵⁶, decreto 877 de 1976⁵⁷, decreto 622 de 1977⁵⁸, ley 29 de 1986⁵⁹, ley 99 de 1993, ley 139 de 1994⁶⁰, ley 299 de 1995⁶¹, decreto 948 de 1995⁶², entre otras; sin embargo, debido a la compleja y multidimensional naturaleza del concepto de medio ambiente, en la mayoría de los casos, los jueces han preferido tramitar y convertir las solicitudes de cumplimiento en acciones de tutela y/o acciones populares, demostrando una vez más la inoperancia de la figura adjetiva en estudio.

Resulta imperioso, urgente y necesario, realizar una reforma a la ley 393 de 1997 para que desarrolle realmente la teleología y razón de ser del artículo 87, y no por el contrario, que lo haga estéril e inerte so pretexto de regularlo.

Superando la mayoría de causales y circunstancias de improcedencia (legales y jurisprudenciales) que la acción de cumplimiento tiene en la actualidad, el derecho procesal constitucional podrá contar con una herramienta eficaz y garantista para la protección del derecho sustancial y objetivo; y, el medio ambiente, tendrá otro instrumento adjetivo de amparo para reivindicar las conquistas que sobre sus núcleos esenciales están integradas a la Constitución ecológica, pues todos los esfuerzos jurídicos para reforzar su protección siempre serán indispensables, ya que el medio ambiente más que un derecho, deber o un objetivo de principio, es parte integral de nuestra vida, nuestro habitus, nuestra opción de existencia futura... nuestra “casa común”⁶³.

55 Reserva forestal y protección de suelos y agua.

56 De los bosques, de las áreas de reserva forestal, de los aprovechamientos forestales, de la reforestación.

57 Usos del recurso forestal. Áreas de reservas forestales.

58 Sobre Parques Nacionales Naturales PNN.

59 Regula áreas de reserva forestal protectora

60 Crea el Certificado de Incentivo Forestal CIF

61 Por la cual se protege la flora colombiana.

62 Normas para la protección y control de la calidad del aire

63 “(...) nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos (...) Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a explotarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado, también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso, entre los pobres más abandonados y

FUENTES DE CONSULTA

DOCTRINALES

AMAYA Navas, Oscar Darío. “La Constitución ecológica de Colombia”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

CAMARGO, Pedro Pablo. “La acción de cumplimiento”, Leyer, Bogotá, 2013.

CÁRDENAS Hernández, Carlos Alfonso. “Aproximación conceptual constitucional sobre el medio ambiente sano, la libertad de empresa y el desarrollo sostenible”. En: “Estado y Derecho en clave constitucional”. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, 2012.

JULIO Estrada, Alexei. “La acción de cumplimiento y la protección del ambiente”. En: “15 años de la Constitución Ecológica de Colombia”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

LONDOÑO Toro, Beatriz. “Algunas reflexiones sobre la exigibilidad de los derechos colectivos y del ambiente. En: “Perspectivas del derecho ambiental en Colombia”. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

MEZZETTI, Luca. “Los derechos sociales fundamentales”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015.

PAPA FRANCISCO. “Carta encíclica Laudato Si”. Estado Vaticano, 2015.

QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas”. Cuarta edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá.

JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional.

maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que «gime y sufre dolores de parto» (Rm 8,22). Olvidamos que nosotros mismos somos tierra (cf. Gn 2,7). Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura (...). PAPA FRANCISCO. “Carta encíclica Laudato Si”. Estado Vaticano, 2015, pág. 2

Sentencia C-058 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-193 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-157 de 1998. Salvamento de Voto Magistrados Carlos Gaviria, José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-157 de 1998. Salvamento de Voto Magistrados Carlos Gaviria, José Gregorio Hernández y Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-651 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-443 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-154 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU 067 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 1685 de 2005. M.P. Flavio Rodríguez Arce.

Sección Primera. Sentencia ACU-132 de 1998. M.P. Germán Ayala Mantilla.

Sección Tercera, Sentencia ACU-573 de 1999, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sección Tercera, Sentencia ACU-589 de 1999. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Sección Primera. Sentencia ACU-627 de 1999. M.P. Manuel Urueta.

Sección Primera, Sentencia ACU-002 de 2002 C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Sección Tercera. Sentencia ACU-1192 de 2002. M.P. Alier Hernández Enríquez.

Sección Quinta. Sentencia ACU- 25000-23-41-000-2013-02833-01 de 2014.
M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Sección Quinta. Sentencia ACU- 27001-23-33-000-2014-00002-01 de 2014. M.P.
Susana Buitrago Valencia.

Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU).
30 de junio de 2016. C.P. Lucy Janeth Bermúdez Bermúdez.



EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL PERÚ COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE.- BALANCE Y PERSPECTIVAS

TULA BENITES VÁSQUEZ¹

1 - INTRODUCCIÓN

Este trabajo académico tiene por objeto reflexionar ¿si el proceso constitucional de amparo como mecanismo de tutela judicial del derecho al medio ambiente reconocido en el artículo 2º, inciso 22º, de la Constitución Política ha permitido la defensa eficaz de este derecho fundamental?

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado es un derecho en creciente reconocimiento por la comunidad internacional, más aún cuando ha impulsado políticas públicas se busca proteger y garantizar el cuidado del medio ambiente. Por ello, este derecho fundamental se encuentra plenamente reconocido en el concierto de las constituciones a nivel mundial. En el caso del Perú la Carta vigente, teniendo como antecedente la Constitución de 1979, ha reconocido el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida humana. A raíz del establecimiento del rango constitucional se instauraron mecanismos procesales para su protección en sede jurisdiccional y administrativa: en ámbito penal se tipificaron los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; en el constitucional apareció el amparo ambiental y un conjunto de normas administrativas a nivel de los ministerios, gobiernos regionales y locales en procura de garantizar los derechos ambientales.

Estos hechos han permitido que los ciudadanos peruanos inicien ante la administración de justicia procesos constitucionales de amparo en defensa del derecho al medio ambiente, los cuales han motivado pronunciamientos importantes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, generándose precedentes vinculantes de estricto cumplimiento.

1 Doctora en Derecho Constitucional, Profesora de pre y postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, Coordinadora Académica de Unidad Postgrado y, ex Congresista de la República del Perú.

2 - ACONTECIMENTOS GRAVES QUE PONEN EN RIESGO AL MEDIO AMBIENTE

Después de la Segunda Guerra Mundial una serie de acontecimientos sociales, políticos como naturales han generado grandes cambios e eminentes riesgos para las personas en su relación a su existencia sobre la Tierra.

Al respecto, el Instituto IEPALA (2000) destaca los siguientes hechos como graves que afectan el ambiente:

“Los accidentes de las centrales nucleares. La explotación irracional de la flora. El ejemplo más grave lo encontramos en la progresiva desaparición de la selva del Amazonas. El incremento, que ya es grave, de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, lo cual ha aumentado e intensificado el efecto invernadero natural. La consecuencia de lo cual no es otra que el calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y su repercusión negativa en los diversos ecosistemas.

El proceso de desertificación que está teniendo lugar en diversas partes del mundo, especialmente en África. La destrucción de la capa de Ozono de la atmósfera como consecuencia de los aerosoles y de la utilización de los clorofluorocarbonos. La contaminación atmosférica y acústica de las grandes ciudades. La existencia de la lluvia ácida que está destruyendo grandes extensiones de bosques de Europa y América del Norte. El grave deterioro ecológico que suponen las guerras actuales, altamente tecnificadas y con unos efectos destructivos”.

A esto sumamos, la lista de daños elaborada por el Tribunal Constitucional peruano a NEXTEL del Perú S.A.:

- a) “Actividades molestas: ruidos, humo, gases, olores, nieblas, partículas en suspensión
- b) Actividades insalubres: productos perjudiciales que se vierten al ambiente
- c) Actividades nocivas: sustancias que afectan bosques, pecuaria, agrícola etc.
- d) Actividades peligrosas: explosiones, combustible”

La protección al medio ambiente demanda, hoy más que nunca, acciones concretas, responsabilidad del concierto de Estados, inversión inmediata y compromiso ciudadano pues si bien, es un problema de todos, corresponde a las generaciones vigentes y las futuras

mayor grado de consciencia

Este problema se viene agravando desde el último siglo. Avances científicos, grandes descubrimientos, faustoso desarrollo tecnológico, la Humanidad continúa su avance surcando el espacio y la Tierra sigue en franco proceso de deterioro, debilitándose cada día más.

3 - EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL AMBIENTE

Numerosas naciones se han adherido progresivamente a la corriente que procura el reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente y el reforzamiento de su tutela jurídica, a los que se han sumado importantes instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Protocolo de San Salvador, el Mandato de los Procedimientos Especiales de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en 2012, entre otros.

Para Huerta Guerrero (2013)², la constitucionalización del derecho fundamental es una realidad, tanto en la práctica diaria de los operadores jurídicos como en el ámbito académico, que merece especial atención no solo para dar cuenta de este fenómeno sino también para identificar el grado de avance de la presencia del derecho constitucional en las diversas ramas jurídicas.

El derecho constitucional ambiental se funda en la dignidad del hombre y por tanto es “componente estructural básico” del sistema normativo interno y externo, de ahí que su ejercicio no puede supeditarse a la posibilidad, a la intención, sensibilidad, a la campaña, sino a la responsabilidad estatal -en todos sus niveles y jerarquías- para dar cumplimiento y ejecución al mandato de la primera de las normas del sistema jurídico: la Constitución. Es, esa responsabilidad ejecutora del Estado, la obligada a desarrollar medidas dirigidas a difundir, promover este derecho; así

2 Véase entre otros estudios los siguientes: E. BERNALES BALLESTEROS, E., *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: CIEDLA, 1996; F. DELGADO PIQUERAS, “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1993. Número 38, pp. 49-79; A. FIGUERUELO BURRIEZA, “La actual reforma del recurso constitucional de amparo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, pp. 233-249, 2006; F. VELASCO CABALLERO, “La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, número 45, pp. 305-324, 1995.

como, diseñar políticas y programas conducentes a su protección jurisdiccional en los plazos que éstas disponen.

Es importante destacar que la Constitución Política del Perú declara, con arreglo al

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

(...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Dada la naturaleza de la Constitución y la estructura del art. 2 de la vigente Constitución, el reconocimiento de este derecho fundamental sigue una formulación semántica general, no suele precisar su contenido esencial. Entonces, la delimitación de la identidad y el contenido específico del derecho fundamental al medio ambiente se conformará teniendo en cuenta “los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora” (RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRAELI, & BERNALES BALLESTEROS, 2013) como los derechos a la vida, a la salud, a la integridad psíquica, al libre desarrollo y bienestar. Es decir, atender al contenido del derecho fundamental al medio ambiente resulta de mucha valía para evitar su desprotección frente a posibles conflictos con otros bienes jurídicos igualmente protegidos, limitaciones que lo vuelven inviable, disposiciones normativas del legislador que pretendan recortar o suprimir su contenido mediante procesos de inconstitucionalidad. La protección constitucional acciona como resguardo y garantía ante los arrebatos del poder político obligándolo al respeto irrestricto de su contenido esencial con el objeto “que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo”³ (RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRAELI, & BERNALES BALLESTEROS, 2013).

El derecho “*a gozar de un ambiente equilibrado*” tal como reza la Carta de 1993, ostenta reconocimientos tanto a nivel nacional como internacional, más aún en los actuales tiempos de profunda reflexión por el calentamiento global del planeta, el cambio radical de los climas y el desequilibrio de los dos sistemas: el natural y el creado por el hombre. Asume la norma fundamental que, el derecho constitucional ambiental

3 Sentencia citada del Tribunal Constitucional emitida el 11 de julio de 2002 en el exp. 1124-2001-AA-TC sobre acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

debe “*ser equilibrado*” con relación a todos los componentes que integran el ecosistema promoviendo, entre ellos, la estabilidad necesaria para hacer viable la vida del hombre.

El derecho al “*medio ambiente adecuado para el desarrollo de la vida*”. Es un escenario de realización de los demás derechos humanos como el derecho a la vida, a la salud, alimentación, bienestar, desarrollo, por cuanto, la gran mayoría de los derechos humanos se relacionan y vinculan dinamizando diversos procesos de interacción. El Tribunal Constitucional lo define como “el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”⁴ (RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRAELI, & BERNALES BALLESTEROS, 2013).

4 - EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL PERÚ

4.1 - BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMPARO EN EL PERÚ

El amparo es una de las instituciones políticas históricas, data de la época de Adquiere rango constitucional con la Carta Política de 1979, vigente desde 1980. La concepción del amparo a la luz de la Constitución de 1993 es la de “acción de garantía”

Ya en las postrimerías del gobierno militar del General Francisco Morales Bermúdez, cobró fuerza las críticas por la ausencia de adecuada regulación que asegurara efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales. Gobernaba los procedimientos el denominado “Hábeas Corpus Civil”, que no eran sino procesos de hábeas corpus tramitados en la vía civil para encausar la tutela de los derechos fundamentales, por supuesto diferente a la libertad individual.

Publicada la Ley 23506 en diciembre de 1982, se denominó Ley de Hábeas Corpus y Amparo y tuvo como objetivo trazar el camino procesal más expeditivo para hacer frente a sus propias limitaciones. Lamentablemente, el uso político que se le dio a impulso del ingeniero Alberto Fujimori impidió todo acto de control frente a los abusos, atropellos y arbitrariedades cometidas por la dictadura de entonces.

4 Sentencia citada del TC emitida el 13 de abril de 2005, el Exp. 0018-2001-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad de las leyes interpuesta por el Colegio de Abogados del Santa contra la Ordenanza Municipal N° 016-2001-MSP

Su vida útil superó más de dos décadas hasta la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Constitucional - Ley 28237, en mayo del año 2004. La historia da cuenta del número de procesos constitucionales instaurados por virtud de los decretos leyes de la dictadura luego del denominado “autogolpe” del 5 de abril de 1992. Clausura del Poder Judicial y Palacio Legislativo, ataduras a la judicatura en todas sus instancias, destitución de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional; entre otros aspectos, limitaron la eficacia del amparo. Sin duda que la influencia del clima político y social autoritario influyó también en la jurisprudencia de la época, interpretaciones arbitrarias, pobre desarrollo argumentativo, falta de criterios jurídicos uniformes y cesión al poder político y económico imperante.

Actualmente, el Tribunal Constitucional –renovado en varias oportunidades- ha adquirido un rol tutelar y protagónico en la producción y creación de muy importante jurisprudencia que integra el Estado Constitucional de Derecho, su aporte al desarrollo de variadas y complejas esferas conceptuales de la institución del amparo.

Los límites del amparo terminan de diseñarse, además de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional, del aporte jurisprudencial del Colegiado Constitucional.

4.2 - CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El ex magistrado Eto Cruz (2013) sostiene que, “el amparo es un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer a la persona en el ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado producto de «actos lesivos» perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona. Desentrañar su naturaleza jurídica presupone estudiar aquellas características esenciales intrínsecas y despojadas del régimen legal que le establezca cada sistema de jurisdicción constitucional. Una identificación del amparo que trasciende su mera regulación positiva —en cualquier sistema de justicia constitucional— es que ella ostenta dos particularidades básicas e inmanentes que se desprenden de la naturaleza de su tutela. En efecto, el amparo se nos presenta como la tutela especial de derechos calificados como ius-fundamentales, esto es, la tutela que brinda es de naturaleza «constitucional»; y por lo mismo, la protección procesal que se dispensa tiene el carácter de «tutela de urgencia», como una forma especial de tutela diferenciada.

4.3 - DERECHOS QUE PROTEGE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 28237 inc. 23 que regula el Código Procesal Constitucional el amparo procede cuando se amenaza o viola el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

4.4. ARTÍCULOS PERTINENTES DEL PROCESO DE AMPARO.- LEY 28237

Artículo 39.- Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

Artículo 40.- Representación Procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Artículo 41.- Procuración Oficiosa

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

Artículo 42.- Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del Juez ante quien se interpone;

- 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- 3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código;
- 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
- 5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
- 6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado. En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido

Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código. De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones. Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia de la República respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días

desde la interposición de la demanda.

Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

5 - EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ EN MATERIA AMBIENTAL

El Tribunal Constitucional del Perú ha cumplido un rol activista, pues ha fijado las reglas de manera clara para garantizar la defensa de los derechos ambientales de las personas en el Perú.

Toda vez que la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2º, inciso 22 sostiene que es derecho de la persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Para el Tribunal Constitucional del Perú, el constituyente, al incluir el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, sostuvo el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano como un derecho de la persona en base a los siguientes fundamentos (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2013):

El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de “medio ambiente”, pues es un concepto consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión. Desde la perspectiva constitucional, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye tanto el entorno glo-

balmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros. De otro lado, en tanto derecho, nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como de prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

Por ello, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que el contenido constitucional del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

Coincido con Huerta Guerrero (2012), cuando afirma:

Que si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales, en particular los de índole social, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente, ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos fundamentales (artículo 2º, inciso 22º), aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con el medio ambiente, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso.

5.1 - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL MEDIO AMBIENTE

El Tribunal Constitucional del Perú en la la sentencia recaída en el Expediente N° 00470-2013-PA/TC fija los siguientes fundamentos:

- La Constitución Política de 1993 (artículo 2º, inciso 22) reputa como fundamental el derecho de la persona “(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. El constituyente, al incluir dicho derecho en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, ha tenido como propósito catalogar el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano como un derecho de la persona. El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de “medio ambiente”, pues es un concepto consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión.

- El medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

- De otro lado, en tanto derecho, nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como de prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

- En ese sentido, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

- En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

- Con relación a la segunda manifestación, el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

- Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los de-

rechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.

6 - LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO AL AMBIENTE A TRAVÉS DEL PROCESO DE AMPARO

El amparo es un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, pues permite que todo ciudadano a través de un recurso rápido amparado en la tutela de urgencia, pueda recurrir al Poder Judicial para obtener justicia.

Es de suma importancia señalar que, para su efectiva vigencia, no basta un reconocimiento normativo nacional o internacional del derecho al ambiente sano, sino que debe establecerse mecanismos especializados para una verdadera protección de este derecho.

Así las cosas, queda claro que en el Perú, el proceso constitucional de amparo previsto en el artículo 200° inciso 2° de la Constitución y desarrollado legislativo en el Código Procesal Constitucional, es el mecanismo procesal judicial previsto a nivel interno para la tutela de este derecho. Si bien es cierto nos encontramos frente a un reconocimiento formal el cual debe necesariamente ser eficaz para tutelar el derecho al ambiente.

El Colegiado Constitucional ha desarrollado vasta jurisprudencia sobre el proceso de amparo destinado a la protección del derecho al medio ambiente. En este tránsito se han observado diferentes etapas que pueden observarse teniendo como filtros: “el grado de análisis de las instituciones procesales en función al derecho invocado, la opción asumida respecto a la necesidad de garantizar su protección e incluso la conformación del órgano de control.”

Siguiendo a Huerta Guerrero (2012), las etapas por la que ha pasado la jurisprudencia en materia ambiental del Tribunal Constitucional son las siguientes:

- En una primera etapa (1996-2001), el Tribunal resolvió las demandas sin identificar o desarrollar instituciones procesales en concordancia con las particularidades del derecho al medio ambiente. Este período estuvo caracterizado por problemas en el funcionamiento del Tribunal como consecuencia de la intervención

política. Además, la jurisprudencia constitucional presentaba escasos argumentos jurídicos para la resolución de las controversias, en particular de aquellas que implicaban el análisis de materias novedosas. Como ejemplo de esta situación se encuentran los casos Linares Cornejo (1998) y Cruz del Sur (2001).

- En una segunda etapa (2002-2007), el Tribunal realizó un mayor análisis de las controversias sometidas a su conocimiento y formuló lineamientos importantes relacionados con la tutela procesal del derecho al medio ambiente. Así por ejemplo, en el primer caso sobre la instalación de antenas para el funcionamiento de teléfonos celulares (2003) se formularon los conceptos básicos sobre el contenido y alcances del derecho al medio ambiente, que se siguen empleando hasta el momento. Otra característica de este período son los fallos en los cuales se puede apreciar un interés por parte del Tribunal por evitar declarar la improcedencia de las demandas, empleando argumentos orientados a garantizar que se emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, como ocurrió en el caso Depósitos Químicos Mineros (2003).

- En este período, a partir de los casos Sociedad Minera y Yanacocha (2003) y Cerro Quilish (2003) se pudo apreciar una clara orientación del Tribunal Constitucional por examinar las controversias con un enfoque que armonice las competencias de los gobiernos locales a favor del medio ambiente con los derechos de las empresas mineras. En los argumentos de estos fallos no se aprecia alguna premisa que permita afirmar una posición a favor de una u otra parte, sino una clara delimitación de lo que se alegaba como una violación de derechos fundamentales, a efectos de concluir que la misma no se llegaba a concretar.

- En una tercera etapa, del 2008 a la fecha, se aprecia una falta de claridad en torno al tema de nuestra investigación, lo que genera inseguridad en cuanto a los reales alcances del amparo como mecanismo de tutela del derecho al medio ambiente. A diferencia del período anterior, se aprecian casos en donde se prefirió no emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, ordenándose que la controversia sea nuevamente vista por las instancias judiciales previas o analizada en una vía procesal distinta al amparo, aunque sin precisarse cuál sería esa vía y dejando en la incertidumbre al demandante. Tal situación se refleja en casos de especial importancia, como el de la demanda interpuesta por la empresa Minera Yanacocha S.R. LTDA contra una ordenanza que

declaraba una zona como área de conservación ambiental (2011) o la interpuesta por SEDAPAL con la finalidad que se ejecute el Proyecto Interceptor Norte (2011).

- La resolución de las controversias que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional no presenta uniformidad en cuanto a los argumentos empleados. Las premisas, los análisis de fondo, la evaluación de los presupuestos procesales y la forma en que finalmente se falla, distan mucho de tener elementos comunes, lo que demuestra la falta de una metodología para resolver las demandas, por lo que resulta lógico encontrar fallos que difieren entre sí respecto al enfoque de un tema determinado, como la procedencia del amparo ante una controversia que requiere elementos probatorios.

- En los fallos del Tribunal se aprecia deficiencias en la identificación de los actos lesivos, la evaluación de los presupuestos procesales y de las causales de improcedencia. Asimismo, no se presenta una tendencia uniforme respecto a las demandas de especial complejidad, que en un principio no deberían dar lugar a un amparo, pero que ante la ausencia de otro mecanismo de protección judicial obliga a ampliar su ámbito de tutela y relativizar algunos presupuestos procesales, pues en caso contrario el derecho al medio ambiente se quedaría sin la posibilidad de alcanzar una protección judicial.

- El Tribunal Constitucional peruano, al analizar las instituciones del proceso de amparo cuando es empleado para la tutela del medio ambiente, no invoca alguno de los fundamentos que sustentan su reconocimiento como derechos fundamental para, a partir de dicho reconocimiento, establecer nuevas perspectivas de análisis o de empleo de tales instituciones procesales.

7 - A MODO DE CONCLUSIONES

(1) En el Perú, el proceso constitucional de amparo ha permitido una tutela judicial efectiva en parte, la falla se observa que estos procesos demoran demasiado perdiéndose su identidad referida a la tutela de urgencia.

(2) Se observa en la jurisprudencia del Colegiado Constitucional deficiencias al momento de señalar los actos lesivos, evaluar los presupuestos procesales y las causales de declaratoria de improcedencia. Un tema importante es que la jurisprudencia ambiental muestra tendencia no uniforme respecto a las demandas de especial complejidad.

(3) La jurisprudencia en materia ambiental señala que ha ido evolucionando su protección frente normas que provenían del gobierno sea central, regional o local y también de las instituciones privadas.

(4) La constitucionalidad del derecho al ambiente es un hito en la historia el cual permite garantizar el derecho a vivir en un ambiente sano y saludable.

(5) Las garantías constitucionales representan la piedra angular del Estado Constitucional.

8 - BIBLIOGRAFÍA

Sentencia del Tribunal Constitucional, 00470-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2013).

ABAD YUPANQUI, S. (2015). El proceso de amparo en el Perú: antecedentes, desarrollo normativo y regulación vigente. *Themis*(67).

BERNALES BALLESTEROS, E. (1996). *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: CIEDLA.

CANOSA USERA, R. (Octubre-Diciembre 1996.). Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*(94).

DELGADO PIQUERAS, F. (1993). Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*.

ETO CRUZ, G. (2013). El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. *Pensamiento Constitucional*(18), 146.

ETO CRUZ, G. (2013). El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. *Revista Pensamiento Constitucional*(18).

FIGUERUELO BURRIEZA, A. (2006.). La actual reforma del recurso constitucional de amparo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(6).

HUERTA GUERRERO, L. (2012). *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo - Tesis para optar el grado de doctor en Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

HUERTA GUERRERO, L. (2013). Constitucionalización del Derecho ambiental. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(71), 477.

IEAPALA. (2000). *Curso sistemático de derechos humanos*. Madrid: Instituto IEAPALA.

RUBIO CORREA, M., EGUIGUREN PRAELI, F., & BERNALES BALLESTEROS, E. (2013). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VELASCO CABALLERO, F. (Año 15 - 1995). La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*(45).

BANCOS DE DADOS E TUTELA DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET: O MEIO AMBIENTE DIGITAL COMO PARÂMETRO SUBSTANTIVO DE CONTROLE DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ¹

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO²
ADRIANO SANT'ANA PEDRA³

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o atual tema dos bancos de dados e a proteção de dados pessoais na Internet, verificando como a concepção de meio ambiente digital, associada à doutrina dos deveres fundamentais, pode atuar como parâmetro de reinterpretação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira – Lei 13.709/2018, pela Justiça Constitucional. Com este trabalho, buscou-se responder ao seguinte problema: as previsões da LGPD brasileira acerca do consentimento do titular dos dados pessoais são compatíveis com a proteção constitucional do meio ambiente digital e os deveres de proteção a ele inerentes?

O trabalho foi desenvolvido segundo a teoria de base de Fiorillo no que toca ao meio ambiente digital e de Lawrence Lessig, a respeito da arquitetura das aplicações como força de regulação. Tal teoria de base contribuiu para resolver os objetivos do trabalho, etapas que levam à resposta da pergunta, quais sejam: a) determinar como a previsão constitucional de tutela do meio ambiente influencia a interpretação das regras legais de proteção de dados pessoais tratados via Internet e b) verificar de que forma as aplicações dos agentes de tratamento podem ser modi-

-
- 1 Artigo desenvolvido para o IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, no eixo temático 3, “Justiça Constitucional e o direito ao meio ambiente”.
 - 2 Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisador Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, vinculado à FDV. Membro Individual da IACL – International Association of Constitutional Law. Membro do grupo de pesquisa “Constitutions in the age of the Internet”. Advogado. e-mail: claudio@colnago.adv.br
 - 3 Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Procurador Federal; Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: adrianopedra@fdv.br

ficadas para concretizar de forma mais eficaz o objetivo de proteção de dados pessoais. A pesquisa utilizou o método dedutivo, pelo qual se conjugaram premissas maiores com premissas menores de forma a se obter uma conclusão acerca do tema. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a documental e a bibliográfica.

1- DEVERES FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: O MEIO AMBIENTE DIGITAL

O chamado “dever de proteção do meio ambiente digital” encontra-se inserido na temática mais genérica do dever de proteger o meio ambiente e este, por sua vez, está epistemologicamente localizado no contexto dos deveres fundamentais. Tratam-se, os deveres, de tópico usualmente esquecido na farta produção doutrinária acerca dos direitos fundamentais, iniciada após os horrores da Segunda Guerra Mundial (NABAIS, 2007, p. 205), quando da formação da Organização das Nações Unidas.

Todavia, apesar da maior ênfase em direitos do que em deveres, os últimos anos têm sido mais generosos com a produção acadêmica⁴ acerca desse importante instituto jurídico-constitucional, que não visa limitar a liberdade, mas alcançá-la de fato. Afinal, somente podemos ser efetivamente livres quando formos responsáveis por e frente a esta mesma liberdade. Cabe ainda lembrar que na atual e hiper complexa sociedade da informação (ASCENSÃO, 2003, p. 7), prestações governamentais não serão suficientes para concretizar os direitos a todos assegurados, já

4 Cabe registrar que inúmeros pesquisadores da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), reunidos no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia e Direitos Fundamentais” vêm há anos pesquisando a temática. Além da produção de dissertações, dezenas de artigos com foco nos deveres fundamentais foram publicados, no Brasil e no exterior. Destacam-se, entre outros, os seguintes estudos: “Os deveres e a eficácia dos direitos fundamentais” (SIQUEIRA; FABRIZ, 2011), “Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana” (PEDRA, 2013), “Dever fundamental: a construção de um conceito” (GONÇALVES; FABRIZ, 2013), “Les devoirs fondamentaux de la personne et la protection des droits sociaux: un abordage des coûts des droits dans la perspective de la solidarité” (PEDRA, 2014), “Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales” (PEDRA, 2014), “The right to be forgotten and the duty to implement oblivion” (COLNAGO, 2014), “Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica” (SIQUEIRA, 2016), “Deveres Fundamentais e sua previsão em tratados internacionais firmados pelo Brasil” (PEDRA, 2015).

que sua eficácia ótima depende de atos de incumbência de membros da própria sociedade: os particulares. (PEDRA, 2015, p. 2).

Logo, os assim chamados “deveres fundamentais” não assumem uma função mitigadora ou restritiva, mas sim promocional ou de complementação dos direitos fundamentais, em nítida relação de coordenação. Assim como nos direitos, sua aplicação prática exige a observância de uma reserva de proporcionalidade. Como adverte Pedra, “mesmo em decorrência da ideia de solidariedade não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário – ou desproporcional – com o fim de salvaguardar determinado direito” (2013, p. 1138).

Na mesma toada, Nabais destaca que o instituto conhecido como “deveres fundamentais” deve respeitar, na sua concretização pelo legislador, uma exata “proporção meio-fim, ou seja, a justa medida, o que implica que eles, para além de não poderem afectar o conteúdo essencial do valor que constitui cada direito [...] ainda não de afectar esses mesmos valores o menos possível e na medida justa. (2007, p. 346)

Deve-se, pois, perquirir acerca de como a questão dos deveres fundamentais em geral e do dever de proteção do meio ambiente em particular se articula com a proteção de dados pessoais tratados via Internet, ou seja, insertos no meio ambiente digital. Tal invento humano, enquanto fenómeno mundial de rápida expansão, está onipresente no cotidiano das pessoas nos países que têm condições materiais de acessá-la e com ela se desenvolver. Para os cerca de 4 bilhões de pessoas que possuem uma conexão à chamada “Grande Rede”, a Internet se tornou um instrumento vital para a integração social e o exercício de direitos básicos, como a criação cultural, o acesso à informação e a livre expressão. Todavia, grande ainda é a “barreira digital”, dos cerca de 7 bilhões de seres humanos, aproximadamente 3 bilhões ainda não possuem acesso regular à rede, conforme pesquisas da União Internacional de Telecomunicações, entidade vinculada às Nações Unidas para fins de pesquisa de dados relacionados às diversas tecnologias comunicacionais⁵. Isso significa apenas pouco mais da metade dos seres humanos desfrutam dos benefícios da Internet, aspecto que, todavia, não deslegitima a necessidade de estudos aprofundados acerca dos efeitos que o uso intensivo da rede tem gerado sobre a vida em sociedade.

Essa enorme relevância da Internet para aqueles que nela estão inseridos nos permite sustentar a ocorrência de enormes transformações

5 Dados disponíveis em <https://news.itu.int/itu-statistics-leaving-no-one-offline/>
Acesso em 20.03.2019.

sociais. Com a migração maciça dos usuários para a Rede, os mais básicos atos diários (como ler jornais, obter documentos em repartições públicas ou mesmo comprar produtos em uma loja) passam a ser realizados na Internet, o que permite a interligação facilitada entre indivíduos, numa autêntica sociedade em rede ou sociedade da informação. Esta última consiste naquela organização social onde a informação consiste em elemento estratégico decisivo da evolução social, capaz de determinar o comportamento da sociedade (ASCENSÃO, 2003, p. 7).

Por tais razões, longe de cair nas tentações da ficção científica e considerar a Internet como um “outro lugar” (ciberespaço), entendemos ser mais pertinente trata-la como parte especial do ambiente em que vivemos: essa interação constante entre *online* e *offline*, característica da citada “sociedade da informação”, conformou um “meio ambiente digital”, faceta do meio ambiente que engloba a Internet como subelemento do meio ambiente cultural. Não nos arrogamos a ineditismos com tal nomenclatura, na medida em que a doutrina especializada já considera a Internet como integradora do nosso ambiente, como se vê em Castells (1999, p. 17) ao descrever o “espaço de fluxos”, ou ainda em Fiorillo (2003, p. 12-13), em termos similares aos desenvolvidos aqui e em outros trabalhos anteriores (COLNAGO; PEDRA, 2014; COLNAGO; PEDRA, 2016; COLNAGO; PEDRA, 2018). Em obra mais recente, Fiorillo destaca a concepção do meio ambiente digital como decorrência lógica da proteção ao meio ambiente cultural:

O meio ambiente cultural, por via de consequência, manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de novo processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação, a saber, de nova forma de viver relacionada as uma cultura de convergência em que as emissores de rádio, televisão, o cinema, os *videogames*, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares etc. moldam uma “nova vida” reveladora de nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital. (FIORILLO, 2015, p. 143)

O relevantíssimo fato de estar integrada a nossas vidas torna a Internet parte relevante do meio ambiente, compondo o “meio ambiente digital”, atraindo assim a incidência de todo o sistema jurídico constitucional desenhado para ser aplicado a tal instituto jurídico. Acerca deste, a Constituição de 1988 prescreve se tratar de bem cujo dever de defesa e

preservação não é atribuído somente ao Estado, mas compartilhado com a sociedade. Como “bem de uso comum do povo”, conforme previsão do artigo 225 (“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”), o meio ambiente tem sido estudado com base nos seus aspectos constitutivos, usualmente identificados como a) patrimônio genético, b) meio ambiente natural, c) meio ambiente artificial, d) meio ambiente do trabalho e e) meio ambiente cultural. Pretende-se, assim, compreender de forma ampla o âmbito de aplicação da proteção ao meio ambiente, enquanto proteção da vida em suas mais variadas formas, pois como destaca Fiorillo, “um bem, ainda que não seja vivo, pode ser ambiental, na medida em que possa ser essencial à sadia qualidade de vida de outrem” (2003, p. 3).

Logo, como a Internet é parcela relevante do meio ambiente, sob seu viés cultural, é pertinente destacar a aplicabilidade dos distintos elementos constitucionais do meio ambiente à “grande rede”. Quando a Constituição estabelece em seu artigo 225 que o meio ambiente deve ser “equilibrado”, cabendo a todos “defende-lo e preservá-lo”, veicula-se autêntico dever fundamental expresso no texto constitucional, de maneira que aos diferentes sujeitos com ele envolvidos, são aplicáveis, em maior ou menor grau e a depender de determinados fatores, deveres acessórios de proteção, destinada a um “equilíbrio”, visando sua “preservação”.

Sobre os deveres jurídicos e, em especial, os deveres fundamentais, categoria em que se insere o dever de proteção do meio ambiente digital, é prudente a lembrança de Pedra, no sentido de que não cabe aqui rememorar conceitos do senso comum, em que deveres são vistos como forma de “castração de liberdades individuais e autoritarismo estatal”, pois eles cumprem uma função importantíssima de realizar direitos fundamentais. (PEDRA, 2015, p. 2) Assim, o dever fundamental de proteção do meio ambiente, quanto aplicado ao meio digital, implica na obrigação de todos os atores nele inseridos de buscarem, em diferentes graus e de acordo com suas possibilidades, colaborar na construção de um *locus* mais equilibrado, o que se materializaria, no contexto deste trabalho, numa maior “paridade de armas” entre os titulares e os agentes de tratamento de dados pessoais que o realizam via Internet.

Por tais razões, o assim chamado “dever de proteção do meio ambiente digital” seria, em tese, imponível diretamente, independente-

mente de previsão legislativa, considerando a aplicabilidade imediata das normas definidoras de deveres fundamentais. Neste pormenor, a eficácia automática das normas definidoras de deveres se funda na mesma razão de ser daquela dos direitos: a finalidade última dos deveres é justamente a maior eficácia de direitos. Por isso é que “...a inércia do legislador para estabelecer os comportamentos obrigatórios que o sujeito do dever deve seguir acaba por prejudicar os direitos fundamentais que deveriam ser protegidos por tais prestações”. (PEDRA, 2013, p. 294)

A materialização da eficácia do dever de proteção do meio ambiente digital se faz especialmente necessária no atual contexto de busca por proteções cada vez mais efetivas aos dados pessoais. Cabe ressaltar que usualmente os modelos de proteção de dados pessoais são fundados na concepção de conexão direta entre controle de dados e privacidade – daí surgindo sua fundamentalidade. Como destaca Doneda, “...a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico” justamente “como um desdobramento da tutela do direito à privacidade” (2011, p. 94). Sem excluir essa clara relação, o que se busca aqui e dar um passo adiante, sustentando que uma proteção mais eficaz também é uma decorrência do dever fundamental de proteção e equilíbrio do meio ambiente digital. Isso se alinha com os preceitos sustentados pelo próprio Doneda, no sentido de que a proteção de dados pessoais “...deve valer-se de uma estratégia integrada na qual são utilizados diversos instrumentos de tutela”. (2006, p. 409)

Uma enorme parcela dos diferentes modelos de negócios relacionados à Internet se baseia no oferecimento de serviços gratuitos, que viabilizam o tratamento de dados em escala global. Com isso, estabeleceu-se uma nova “indústria”, usualmente denominada de “Big Data”, baseada no processamento maciço de dados pessoais e sua monetização mediante publicidade e outras funcionalidades milimetricamente arquitetadas para atingir seu público-alvo. Essa nova indústria é responsável pela articulação do maior e mais eficiente repositório de informações da história da humanidade, conseguindo juntar quase que instantaneamente dados antes espalhados pela rede. Conforme destaca Doneda, “a ferramenta que possibilita a sistematização de volumes que podem chegar a ser gigantescos de informação e que teve seu potencial exponencialmente incrementado [...] foi, propriamente, o banco de dados” (2011, p. 92).

Com base em tais fundamentos, pode-se extrair a conclusão parcial pela qual a manutenção de um meio ambiente digital equilibrado pressupõe um sistema efetivo de proteção aos dados do usuário da Internet, o

qual normalmente é a parte hipossuficiente nas relações por ele estabelecidas com os agentes de tratamento (aplicação e conexão) de Internet.

Logo, no que diz respeito à proteção normativa dos dados pessoais (a grande matéria prima das empresas que têm na Internet sua fonte de receitas), a despeito de um atraso considerável, o legislador brasileiro cumpriu sua função ao editar a Lei 13.709/2018, conhecida como “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, ou “LGPD”. Nela são estabelecidos princípios, conceitos e regras relevantíssimos para que se concretize a “paridade de armas” supramencionada. Todavia, somente com uma interpretação conforme à Constituição (COLNAGO, 2007) poderá a lei em questão atingir tal ambiciosa finalidade.

2 - A LEI 13.709/2018 E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E REESTRUTURAÇÃO DA ARQUITETURA DE APLICAÇÕES

Para as finalidades do presente trabalho e adotando concepção já consagrada na doutrina, consideraremos como técnica de interpretação conforme a Constituição aquela atuação hermenêutica sobre o texto normativo, “restringindo a liberdade do intérprete, sem passar pela alteração do texto, fixando, assim, um ou mais sentidos que sejam compatíveis com a Constituição” (COLNAGO, 2007, p. 67). O dever fundamental de preservar e equilibrar o meio ambiente digital, decorrente do artigo 225 da Constituição, atua então como importante parâmetro de controle para a interpretação a ser realizada pela Justiça Constitucional. É neste contexto que alguns dispositivos da Lei 13.709/2018 precisam ser analisados.

A LGPD se estrutura em 10 Capítulos, a saber: I – Disposições Preliminares; II – Do Tratamento de Dados Pessoais; III – Dos Direitos do Titular; IV – Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público; V – Da Transferência Internacional de Dados; VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais; VII – Da Segurança e das Boas Práticas; VIII – Da Fiscalização; IX – Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Funda-se a Lei em questão em alguns conceitos fundamentais, dentre os quais destacamos o de a) “dado pessoal”: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; b) “controlador”: a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, a quem competem as deci-

sões referentes ao tratamento de dados pessoais; c) “operador”: a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, que realiza o tratamento de dados pessoais, sob orientação do controlador; d) “agentes de tratamento”: o controlador e o operador e e) “tratamento”: toda e qualquer operação realizada com dados pessoais.

Buscamos destacar aqui aquelas normas da LGPD brasileira que estabelecem uma obrigação aos agentes de tratamento em favor dos titulares de dados pessoais, mas sujeitam o cumprimento do respectivo dever a um “requerimento” da pessoa interessada. Acreditamos que há inúmeros pontos da lei que podem se beneficiar mediante uma abordagem de regulação através da arquitetura. Antes de passar a elas, todavia, há que se esclarecer a teoria de base de Lessig acerca da regulação pela arquitetura.

Como a Internet e tudo o que ela viabiliza se insere no contexto de um meio ambiente digital, cabe enfatizar o papel relevantíssimo que a sua arquitetura cumprirá na formatação de uma rede que poderá ser cada vez mais livre e viabilizadora dos potenciais criativos humanos ou cada vez mais fechada e limitadora de tais potencialidades. É relevante recordar que a forma inicial da Internet não é estanque ou imutável, por depender diretamente do Código que dá forma à sua arquitetura. Explica-se: o meio ambiente digital, assim como o meio ambiente natural, se apresenta de uma determinada maneira para seus usuários. Ao contrário, porém, do que ocorre no segundo, a percepção do primeiro possivelmente variará conforme a maneira pela qual as aplicações sejam moldadas. Trata-se do conjunto de informações e comandos organizados em sequência, que dá forma ao que percebemos como Internet ou meio ambiente digital. Sobre o tema, já pudemos destacar a seguinte explicação relevante, constante de trabalho anterior:

O exercício de direitos no mundo natural está diretamente condicionado à maneira pela qual o mundo se apresenta para nós. Temos direito a um meio ambiente equilibrado porque percebemos o ambiente em que vivemos. Também possuímos o direito de nos expressar porque sabemos que outros poderão ouvir ou ler nossa opinião e, com isso, contribuir para um maior desenvolvimento da sociedade mediante a livre troca de ideias. Da mesma forma, o exercício de direitos fundamentais na Internet está diretamente condicionado às opções que a tecnologia nos fornece. Diferentemente do que ocorre no mundo natural, em que não é possível simplesmente silenciar uma pessoa para evitar que a fala saia de sua boca, a maneira como os aplicativos da Internet são progra-

mados pode de fato impedir, pelos mais variados motivos (conteúdo indecente, por exemplo), que uma pessoa externalize aquilo que pensa. Em outras palavras, o código da Internet condiciona nossas ações, tal qual a arquitetura do mundo natural facilita ou dificulta nossos atos. (COLNAGO, 2013, p. 154)

Parte-se então de uma perspectiva que, na esteira dos apontamentos de Lawrence Lessig⁶ (2006), considera a arquitetura como força de regulação que, em se aplicando ao meio ambiente digital, representa o código que dá forma aos aplicativos e serviços eletrônicos que tratam os dados pessoais e que utilizamos desencorajando ou incentivando determinados comportamentos. Daí vem a conhecida expressão cunhada por Lessig: “Code is Law”, ou seja, “o código é a lei”. Consideramos então, na esteira dos ensinamentos de Lessig, que a influência entre Direito e Arquitetura permitirá concluir pela existência de um dever fundamental de preservar e equilibrar o meio ambiente digital, o que se implementará mediante modificações nos códigos das aplicações que visam captar e tratar dados pessoais. A função dessas modificações é, justamente, fornecer instrumentos de facilitação do exercício da proteção aos dados pessoais. Com isso em mente, temos como retomar a análise do diploma legal regulador de tal matéria no Brasil.

O primeiro ponto digno de destaque consiste no quanto disposto no *caput* do artigo 8º da LGPD pelo qual “O consentimento previsto no

6 Como pudemos explicar em tese de doutorado, “Lessig é um respeitado autor norte-americano no que diz respeito à regulação da Internet, tendo sido precursor de inúmeros estudos e iniciativas práticas sobre o tema. Em 2001 ele fundou a iniciativa ‘Creative Commons’, uma organização sem fins lucrativos com o objetivo de expandir a variedade de criações culturais disponíveis a terceiros, permitindo a sua reutilização e derivação para o compartilhamento lícito de tais trabalhos. Atualmente Lessig coordena o “Berkman Center” de tecnologia na Universidade de Harvard, tendo exercido funções acadêmicas nas universidades americanas de Stanford (onde fundou o “Center for Internet and Society”) e de Chicago. Ele também participou de inúmeras entidades relevantes para a proteção de direitos fundamentais na Internet, como a “Free Software Foundation”, o “Software Freedom Law Center” e a “Electronic Frontier Foundation”. Seu trabalho principal sobre regulação da Internet (“Code and other laws of cyberspace”, posteriormente atualizado e rebatizado como “Code 2.0”) é habitualmente citado em trabalhos desenvolvidos sobre o tema da regulação da Internet, no Brasil (como nos casos das obras de Marcel Leonardi e Ronaldo Lemos) e no Exterior (GREENLEAF, 1998, MINICO, 2013, KARAGIANNOPOULOS, 2012, entre outros)”. (COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Liberdade de expressão na Internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação**. 2016. Faculdade de Direito de Vitória (FDV): Tese de Doutorado).

inciso I do art. 7^o desta lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”.

Ainda sobre o tema “consentimento”, também cabe chamar a atenção para o parágrafo quinto do mesmo artigo, segundo o qual “O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei”.

O próprio artigo 18, VI também é pertinente, ao estabelecer que “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição”, a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei, a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e preservados sigilos comercial e industrial, eliminação dos dados pessoais tratados, informação das entidades com as quais o controlador compartilhou os dados, informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as respectivas consequências deste ato e ainda a revogação do consentimento. Igualmente, o artigo 9^o prescreve que o titular tem direito de “acesso facilitado” às informações sobre o tratamento de seus dados, a serem disponibilizadas da maneira mais transparente possível.

Ao direito subjetivo de obter uma prestação corresponde o respectivo dever de cumpri-la. Desta forma, quando a LGPD estabelece aos agentes de tratamento a sujeição a alguns deveres frente aos titulares de dados pessoais, está contribuindo para a concretização de um meio ambiente digital mais equilibrado. Afinal de contas, o grau de proteção de tais dados tende a aumentar conforme se majore o nível de controle conferido a seus titulares.

Ocorre que ao sujeitar o cumprimento de determinadas prestações a um “requerimento” ou uma “requisição” da parte do usuário, sem especificar como ela deve ser comunicada aos agentes em questão, abre-se a possibilidade de múltiplas interpretações distintas. Pode-se, por exemplo, compreender que a comunicação em questão pode ser realizada

7 Segundo o referido dispositivo legal, “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”.

mediante qualquer meio de comunicação, seja o envio de um e-mail, seja o encaminhamento de uma carta com aviso de recebimento para um dos estabelecimentos do agente de tratamento, como permite o artigo 11, § 2º da Lei 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”)⁸.

Todavia, essa interpretação mais “aberta”, embora factível, pode trazer dificuldades no que diz respeito à prova do recebimento do requerimento pelo agente de tratamento, causando desnecessárias demandas judiciais. De maneira oposta, também estaria aberta a interpretação pela qual cabe ao titular dos dados fazer prova do requerimento ou requisição, o que pode sujeitá-lo a inúmeras dificuldades, considerando a atual dificuldade em se localizar meios de comunicação física com prestadores de serviços de Internet e com agentes de tratamento. Se o regramento da questão fosse circunscrito exclusivamente à questão da proteção da privacidade dos titulares de dados, nos parece que essas seriam questões que acabariam sendo resolvidas no âmbito das lides concretas resolvidas pelo Judiciário.

Ocorre que é justamente a concepção da Internet como *locus* que representa o meio ambiente digital é que vem trazer nova tonalidade jurídica à questão da necessidade de requerimento pelo titular dos dados para que sejam acionados os deveres concretos dos agentes de tratamento. Ao acrescentar a normatividade do artigo 225 da Constituição e seus mandamentos de proteção e busca por equilíbrio, jamais poderíamos concluir que o titular dos dados seria o único responsável por requerer e provar que requereu o acionamento de responsabilidades. Isso porque referida interpretação estaria em desconformidade com a Constituição, ao contrariar o mandamento de equilíbrio que, em última instância, consiste em uma exortação para maior igualdade nas relações entre titulares e agentes de tratamento, no contexto do quanto analisado.

As normas de deveres fundamentais do artigo 225 vão além: fornecem a abertura necessária para concluirmos que entre as condutas concretas a serem tomadas pelos agentes de tratamento, está a modificação de suas aplicações, de forma a tornar mais segura e simples a comunicação a que se referem os dispositivos legais antes descritos. Essa é a única interpretação que compatibiliza os enunciados normativos em questão com os deveres fundamentais já descritos. Há somente uma ressalva a ser feita, que diz respeito aos custos de implementação dessas

8 “Art. 11 (...) § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômica possua estabelecimento no Brasil”.

modificações, que dizem respeito a uma outra força de regulação abordada por Lessig: o Mercado.

O Mercado, assim como a Arquitetura, consiste em uma das forças de regulação reconhecidas por Lessig, fundando-se na noção de “preço”, derivado da escassez. Trata-se de mecanismo regulatório com notáveis potenciais para uma equitativa alocação de direitos e deveres. Sua ideia central consiste no fato de que quanto mais caro for a adoção de uma conduta, menor será a tendência de sua adoção, e vice-versa: quanto mais barata for o desempenho de um comportamento, maior será a probabilidade de que seu cumprimento ocorra com maior frequência, por existirem menores barreiras econômicas.

Daí é que cabe lembrar que, se todos os direitos possuem custos de implementação, o contrário também é verdadeiro: se há “the cost of rights”⁹, também há que se preocupar com “the cost of duties”. Não se pode exigir do titular do dever mais do que ele possa cumprir. Da mesma forma não se busca, com a exigência de deveres fundamentais, a criação de barreiras mercadológicas contrárias à livre concorrência (fundamento da ordem econômica brasileira, conforme o artigo 170 da Constituição). É pressuposto do dever, portanto, que haja uma proporção na conduta exigida, sem o que se tornaria incompatível com o próprio princípio do Estado Democrático de Direito (GONÇALVES, FABRIZ, 2013).

Logo, o dever de adaptar a arquitetura de suas aplicações para favorecer o controle sobre dados pessoais, especificamente no que toca aos requerimentos que devem ser formulados pelo titular, somente será aplicável na medida em que não traga uma onerosidade absurda ou desproporcional aos agentes de tratamento, fato que pode influenciar a interpretação da Justiça Constitucional. Não havendo a demonstração concreta de tal situação, todavia, sua eficácia é uma decorrência direta da normatividade do artigo 225 da Constituição, cabendo a tais agentes providenciar mecanismos simples, seguros e eficazes para receberem as requisições dos titulares de dados, sob pena de um manifesto desequilíbrio, contrário aos mandamentos constitucionais.

9 Na obra clássica de Holmes e Sunstein, postula-se que, dentre outras razões, todos os direitos implicariam em custos, na medida em que todos pressupõem financiamento por tributos de mecanismos de fiscalização e aplicação eficazes (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, p. 44). Essa mesma lógica se aplica como luva aos deveres, razão pela qual a preocupação com os custos de implementação de ambos é ponto digno de preocupação.

CONCLUSÃO

A inserção da Internet no contexto de um meio ambiente digital atrai a incidência do dever de sua manutenção equilibrada, que se traduz na necessidade de buscar meios de igualação de forças entre titulares de dados pessoais e agentes de tratamento dos respectivos dados. Considerando-se a proteção de dados pessoais como decorrência do direito à privacidade e como concretização dos deveres de proteção e equilíbrio do meio ambiente digital, materializada pelos mandamentos da Lei 13.709/2018 (“LGPD”), decorre para os agentes de tratamento de dados pessoais o dever de estabelecer modificações na arquitetura de suas aplicações para favorecer a recepção e processamento dos requerimentos formulados pelos titulares de dados. A concretização de tal dever se legitima como regra, salvo a hipótese de onerosidade excessiva da obrigação, a ser demonstrada pelos respectivos agentes a ela sujeitos, perante a Justiça Constitucional. Nessa hipótese, haveria desproporcionalidade da exigência, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Trata-se de técnica tendente a uma ainda maior eficácia da proteção a dados pessoais e, como consequência, a um meio ambiente digital mais equilibrado, em que titulares tenham maiores garantias concretas nas suas difusas relações com os agentes de tratamento.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. Globalização e direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, v.12, n.73, p.165, 2003. Disponível em: < <http://www.apdi.pt/pdf/GLOBSOCI.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2015.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição**: decisões interpretativas do STF no controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2007.

_____. Direitos Fundamentais e Internet: perspectivas para o exercício de direitos na rede nos 25 anos da Constituição de 1988. SALOMÃO, Caleb *et al.* (org.). **Constituição 1988**: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognojus, 2013. p. 143-164.

_____. **The right to be forgotten and the duty to implement oblivion:** a challenge to both “old” and “new” media. Trabalho apresentado no IX Congresso Mundial de Direito Constitucional, em Oslo, Noruega, entre 16 e 20 de junho de 2014.

_____. **Liberdade de expressão na Internet:** desafios regulatórios e parâmetros de interpretação. 2016. Faculdade de Direito de Vitória (FDV): Tese de Doutorado.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Meio ambiente digital, arquitetura e direito de resposta: os deveres dos prestadores de serviços de Internet. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al (org.). **Mecanismos internacionais e internos de efetividade dos direitos fundamentais.** Joaçaba: SC, Ed. Unoesc, 2014, p. 397-419.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Los deberes de los proveedores de servicios de internet en el medio ambiente digital: el caso del derecho de réplica en el Brasil. **Revista Estudios Constitucionales.** Talca, n. 2, p. 347-364, 2016.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Digital environment, architecture and oblivion:** a proposition of duties for the Internet service providers. Trabalho apresentado no X Congresso Mundial de Direito Constitucional, em Seul, Coréia do Sul, entre 18 e 12 de junho de 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** Vol. I. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 698p.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico.** Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 438p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na sociedade da informação III.** São Paulo: Atlas, 2003, pp. 1-22.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação:** a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015, 160p.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. FABRIZ, Daury César. **Dever fundamental**: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Christian Magnus et al (org.). Direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha. Tomo I. Joaçaba: SC, Ed. Unoesc, 2013, p. 87-96.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton. 255p.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. Cambridge: Basic Books, 2006, 410p.

NABAIS, Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 392p.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Les devoirs fondamentaux de la personne et la protection des droits sociaux**: un abordage des coûts des droits dans la perspective de la solidarité. Trabalho apresentado no IX Congresso Mundial de Direito Constitucional, em Oslo, Noruega, entre 16 e 20 de junho de 2014.

_____. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. **Revista Estudios Constitucionales**. Talca, n. 2, p. 13-28, 2014.

_____. **Deveres fundamentais e sua previsão em tratados internacionais firmados pelo Brasil**. Trabalho apresentado na II Congresso Mundial de Justiça Constitucional, promovido pela Associação Mundial de Justiça Constitucional – AMJC. (2015)

_____. **Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana**. Trabalho apresentado na VII Jornada Brasileira de Filosofia do Direito, realizada durante o “XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies”, promovido pela International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie – IVR) (2013).

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Fato Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 95, p. 125-159, abr-jun 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. FABRIZ, Daury Cesar. Os deveres

e a eficácia dos direitos fundamentais. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.) **Direitos fundamentais: pesquisas**. Curitiba: CRV, 2011, p. 105-109.

IL CASO URGENDA: ASPETTI DI INTERESSE E SPUNTI DI RIFLESSIONE IN PROSPETTIVA GIUSPUBBLICISTICA

RICCARDO PERONA¹

INTRODUZIONE

Anche in un'epoca di costanti "rivoluzioni paradigmatiche" nel mondo del diritto, la vittoria di una causa intentata in nome dell'umanità contro un governo statale, da parte di una fondazione privata e innanzi a un giudice nazionale, per la riduzione delle emissioni di gas serra resta un fenomeno che richiama l'attenzione. È per questo che sorprende lo scarso interesse dimostrato dalla dottrina nei confronti delle sentenze olandesi nel "caso Urgenda", tanto di primo grado (2015) quanto di appello (2018) (cfr. però gli scritti di Rodríguez García 2016, Roy 2016, Lin 2015, Van Zeven 2015).

In tal senso il presente lavoro, lungi dal voler offrire un'analisi esauriente delle questioni che emergono in relazione al tema citato, intende solo indicarne i tratti essenziali assieme a qualche limitato spunto critico, nella speranza di suscitare qualche curiosità e, magari, aprire a futuri approfondimenti.

Alla luce di questo orizzonte di fondo della ricerca, costituiranno pertanto obiettivi specifici dell'analisi la presentazione di alcuni passaggi fondamentali della pronuncia di primo grado (par. 2) e di quella di appello (par. 3), nonché l'enumerazione di taluni profili che appaiono di maggior interesse dal punto di vista critico (par. 4).

Tutto ciò, assumendo come prospettiva metodologica di riferimento quella giuspubblicistica (e, in particolare, la teoria generale del diritto pubblico e costituzionale), fermo restando che l'adozione di punti di vista differenti potrebbe senz'altro aprire all'individuazione di aspetti ulteriori – tanto in ordine alla selezione degli snodi concettuali più importanti delle pronunce quanto in relazione ai profili critici da rilevare – rispetto a quelli messi in evidenza nel testo (che, ad esempio, non si concentrano in maniera prioritaria sugli aspetti, rilevantissimi in entrambe le sentenze, di diritto dell'ambiente).

1 Dottore di ricerca (Ph.D.) in Scienze Giuridiche, Università di Pisa. Docente di ruolo (*Professor de planta*), Area di Diritto Pubblico, Universidad de Cartagena (Colombia). Direttore, Istituto Giuridico Internazionale di Torino, "IgiTo" (Italia). Segretario, Sezione Italiana, Associazione Mondiale di Giustizia Costituzionale. Contatto: riccardo.perona@igito.it.

SVILUPPO: LA PRONUNCIA DI PRIMO GRADO (2015)

Il “caso Urgenda” nasce dall’azione intentata nei confronti dello Stato olandese dalla Fondazione Urgenda, un ente di diritto privato costituito ai sensi del codice civile nazionale con il fine statutario di favorire ed accelerare la transizione ad un modello di società più sostenibile, a partire dai Paesi Bassi, attraverso l’adozione di piani e misure volti a prevenire il cambiamento climatico.

L’azione è proposta innanzi alla Corte Distrettuale dell’Aja, che risolve la questione, in primo grado, con sentenza resa il 24 giugno 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:7196).

Ai nostri fini, è interessante sottolineare, per come emergono dalla lettura della pronuncia citata, i profili attinenti alla domanda (A), alle preliminari questioni processuali (B), agli aspetti di merito (C) e, infine, alla legittimità della decisione assunta (D).

(A) Come riepilogato nella stessa pronuncia (cfr. par. 3.1), la domanda della Fondazione si articola essenzialmente come segue:

- a) accertare che le emissioni di gas serra nell’atmosfera a livello mondiale stanno causando cambiamenti climatici pericolosi, tali da minacciare i diritti di gruppo considerevoli di persone, in particolare nella misura in cui il riscaldamento globale rischia di superare la soglia dei 2°C di aumento;
- b) accertare che, fra tutti i Paesi che emettono una quantità considerevole di gas serra, i Paesi Bassi rientrano fra quelli in cui le emissioni *pro capite* sono più alte, contribuendo a favorire il cambiamento climatico stesso;
- c) accertare che tali emissioni costituiscono fatto illecito nei confronti di Urgenda, alla luce del dovere statale di proteggere (“*duty of care*”, nella traduzione inglese) gli interessi della società ai sensi dell’art. 21 della Costituzione nazionale e sulla base, altresì, degli artt. 2 e 8 della CEDU;
- d) accertare, quindi, che lo Stato è responsabile del volume complessivo delle emissioni di gas serra nei Paesi Bassi e, pertanto, individuabile come titolare del menzionato dovere di protezione;
- e) accertare che, in virtù di tale circostanza, lo Stato incorrerebbe in una condotta illecita ove non conseguisse una riduzione delle emissioni annuali nel Paese, entro la fine del 2020, di una misura pari al 40% e, in ogni caso, di almeno un 25% rispetto ai livelli del 1990; alternativamente, che lo Stato incorrerebbe in una condotta illecita ove non conseguisse una riduzione delle emissioni di

gas serra nei Paesi Bassi di almeno il 40% rispetto al 1990 entro il 2030;

f) ordinare, pertanto, che lo Stato dia concretamente luogo alle riduzioni menzionate.

(B) Dal punto di vista processuale, e segnatamente per quanto attiene alla legittimazione attiva della Fondazione, è interessante rilevare come Urgenda agisca tanto in virtù di mandato specificamente ricevuto da 886 persone fisiche quanto in nome proprio, presentandosi, sotto quest'ultimo profilo, quale ente esponenziale rappresentativo di interessi super-individuali e, in particolare, dichiarando di presentare la domanda quale rappresentante degli interessi di tutte le generazioni, presenti e future, di cittadini olandesi e non.

Lo Stato, da parte sua, non lamenta sul punto alcuna carenza di legittimazione riguardo alle generazioni presenti di cittadini olandesi, rimettendosi invece al giudizio della Corte riguardo a quelle future. Per contro, in base all'opinione della parte pubblica, la Fondazione non sarebbe legittimata ad agire in nome delle generazioni presenti e future nella misura in cui richieda un rimedio che pretende estendersi al di là della tutela degli interessi dei cittadini dei Paesi Bassi.

Risolvendo le questioni preliminari, la Corte riconosce come sussistente la legittimazione ad agire di Urgenda quale rappresentante degli interessi delle generazioni presenti e future di cittadini tanto olandesi quanto stranieri.

In materia, il Giudice (parr. 4.4 e ss.) ricorda che il Codice Civile olandese, all'articolo 3:303, stabilisce che una persona fisica o giuridica ha diritto di presentare un ricorso avanti un giudice soltanto nel caso in cui abbia un interesse proprio e personale nella causa, ma prosegue precisando che anche una fondazione o un'associazione con piena capacità giuridica può promuovere un'azione relativa alla protezione di interessi generali o collettivi di altre persone, nella misura in cui l'ente stesso rappresenti tali interessi sulla base degli obiettivi indicati nel proprio statuto.

In questo senso, viene ritenuta sussistente la legittimazione di Urgenda ad agire anche a tutela degli interessi di persone (o generazioni) non cittadine dei Paesi Bassi in virtù dell'art. 2 dello Statuto di Urgenda che, come sopra ricordato, delinea l'ambito di azione della Fondazione "a partire dai Paesi Bassi", proiettandolo dunque anche al di fuori dei relativi confini nazionali (par. 4.7).

La Corte lascia invece irrisolta la questione della legittimazione in relazione alle 886 persone fisiche che la Fondazione intende rappre-

sentare in virtù di specifico mandato, affermando che la presa in considerazione degli interessi delle stesse, in ogni caso, non potrebbe portare ad una pronuncia diversa da quella adottata (par. 4.108 e s.).

(C) Nel merito, la Corte decide la causa in favore di Urgenda, statuendo che lo Stato ha l'obbligo di accrescere le misure adottate al fine della riduzione delle emissioni di gas serra nei Paesi Bassi, facendo in modo che tali emissioni, entro il 2020, siano inferiori di almeno il 25% rispetto a quelle del 1990.

Al riguardo, la Corte osserva come le parti concordino in ordine alla gravità e alla portata della questione climatica e, altresì, riguardo alla necessità di adottare soluzioni per ridurre le emissioni di gas serra.

Tuttavia, emerge dall'istruttoria svolta che, sulla base delle politiche attualmente adottate dallo Stato, i Paesi Bassi, entro il 2020, conseguirebbero al massimo una riduzione del 17% delle stesse.

Tale riduzione, però, è inferiore a quella, compresa fra il 25% ed il 40%, che nell'ambito dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) è stata riconosciuta come obiettivo da raggiungere entro il 2020 da parte dei Paesi di cui all'Allegato I della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (1992, ratificata dai Paesi Bassi) allo scopo di rispettare le previsioni del cosiddetto "scenario 450" (in virtù del quale si considera scientificamente probabile raggiungere l'obiettivo della limitazione dell'aumento della temperatura globale a 2° C allo stabilizzarsi della concentrazione di gas serra nell'atmosfera a 450 parti per milione; cfr., fra gli altri, il par. 4.31).

Ne consegue che lo Stato è tenuto ad accrescere i propri sforzi per prevenire gli imminenti pericoli determinati dai cambiamenti climatici, e ciò in quanto responsabile del controllo in concreto dei livelli di emissione nei Paesi Bassi: responsabilità che, a sua volta, discende dall'obbligo, riscontrabile in capo allo Stato stesso, di proteggere e migliorare le condizioni di vita dei propri cittadini.

Quanto al fondamento giuridico di tale obbligo (parr. 4.35 e ss.), la Corte analizza l'art. 21 della Costituzione nazionale (che impone allo Stato un dovere di protezione in relazione alla vivibilità del Paese e al promovimento dell'ambiente di vita) e varie fonti internazionali, ma considera che non siano utili a fondare la decisione sul punto.

Per contro, la Corte si concentra maggiormente sugli artt. 2 ed 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, richiamati da Urgenda e relativi, rispettivamente, al diritto alla vita ed al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

A riguardo, ritiene il Giudice (parr. 4.45 e ss.) che l'obbligo da riconoscersi in capo allo Stato non può derivare direttamente dagli articoli da ultimo menzionati: invero, la Fondazione non può essere considerata, come esige l'articolo 34 della medesima Convenzione, né come vittima diretta né come vittima indiretta di alcuna violazione dei diritti menzionati.

Tuttavia, ad avviso della Corte, le suddette norme internazionali non sono nemmeno prive di ogni rilievo ai fini di causa. Al contrario, nel percorso argomentativo della pronuncia, gli articoli menzionati sono considerati previsioni idonee a precisare il contenuto indeterminato e generale degli articoli del codice civile olandese in tema di responsabilità civile (articoli 6:162 e ss.). In questo senso, rispetto alle disposizioni legislative nazionali, le norme internazionali operano con un'efficacia interpretativa (o fors'anche integrativa).

Peraltro, la lettura del contenuto prescrittivo sostanziale dei citati articoli della CEDU viene sviluppata dalla Corte Distrettuale dell'Aja avendo riguardo, fra l'altro, all'interpretazione che degli stessi dà la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In tal senso, la Corte rileva in capo allo Stato un dovere generale di proteggere (o "curare": *duty of care*, appunto), la cui individuazione non sminuisce la discrezionalità politica e la cui portata è determinabile in considerazione dei seguenti fattori (parr. 4.64 e ss.):

- a) la natura e l'estensione del danno risultante dai cambiamenti climatici;
- b) la coscienza di questo danno e la sua prevedibilità;
- c) la possibilità che si produca un cambiamento climatico pericoloso;
- d) la natura delle azioni od omissioni dello Stato;
- e) l'onerosità dell'adozione di misure preventive;
- f) la discrezionalità dello Stato nell'esercizio delle proprie funzioni pubbliche, tenuti debitamente in considerazione i principi di diritto pubblico alla luce delle ultime scoperte scientifiche, delle opzioni tecniche disponibili per adottare misure di sicurezza e del relativo rapporto costi-benefici.

In ogni caso, aggiunge la Corte (parr. 4.83 e ss.), non sono fondate le argomentazioni dello Stato relative alla circostanza per cui la soluzione al problema climatico globale non dipenderebbe unicamente dagli sforzi olandesi: invero, esiste un nesso causale fra qualunque emissione ed i cambiamenti climatici, e per legittimare l'azione e fondare la decisione è sufficiente la sussistenza del mero pericolo di un danno, anche solo nell'ambito dei confini nazionali olandesi.

(D) Da ultimo, ritiene la Corte che la decisione non invada l'ambito riservato alla discrezionalità politica (parr. 4.94 e ss.).

Invero, viene rilevato che il sistema giuridico olandese non prevede una perfetta separazione dei poteri fra esecutivo e giudiziario e, per contro, la circostanza per cui l'autorità giudiziaria non è eletta non pregiudica la sua legittimazione democratica nella misura in cui la stessa applica norme (nazionali o internazionali) emanate democraticamente. In questo senso, l'autorità giudiziaria è chiamata a garantire la protezione giuridica dei diritti anche quando ciò le richieda di porsi in contrasto con decisioni assunte a livello governativo, indipendentemente dalla mancanza di una base di sostegno politico alle proprie decisioni e nell'ambito dell'esercizio del potere di *judicial review*.

Del resto, la decisione non impone né vieta l'adozione di misure specifiche, ma solo riconosce che lo Stato non ha dimostrato che si troverebbe nell'impossibilità di adempiere a quanto ordinato dalla Corte, migliorando le proprie politiche in materia.

Per contro, la pronuncia rispetta il margine di apprezzamento politico, intervenendo in modo opportunamente calibrato: per tale motivo, la Corte limita l'entità del proprio ordine di riduzione delle emissioni al 25%, ossia la soglia inferiore dell'intervallo dal 25 al 40% sopra segnalato in relazione allo "scenario 450".

SEGUE: LA PRONUNCIA DI APPELLO (2018)

Avverso la decisione di primo grado lo Stato propone impugnazione, che viene decisa dalla Corte d'Appello dell'Aja con sentenza del 9 ottobre 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:2610).

(A) In sintesi, i motivi dell'impugnazione sono i seguenti (v. par. 30 della sentenza):

- a) lo Stato ha già aderito a considerevoli impegni di riduzione assunti a livello di Unione Europea e nazionale, non essendo per contro dimostrata l'assoluta necessità di una riduzione del 25-40% delle emissioni entro il 2020;
- b) le politiche adottate dallo Stato in materia conseguono ad un'attenta considerazione di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli dell'industria, della finanza, dell'approvvigionamento di energia, della salute, dell'istruzione e della difesa, al fine di individuare il

percorso di riduzione delle emissioni più appropriato; trattandosi di questione politica, l'autorità giudiziaria non può ingerirsi nelle decisioni in materia;

c) lo Stato aderisce a tutte le convenzioni internazionali in materia e v'è il rischio che la decisione della Corte di prime cure produca effetti negativi quali il *waterbed effect* o il *carbon leakage*; inoltre, lo Stato non può fare più di quanto è consentito nell'ambito del sistema europeo ETS (European Emissions Trading System);

d) le emissioni olandesi, in termini assoluti, sono limitate a livello mondiale;

e) le evidenze scientifiche sono contrastanti e lo "scenario 450" non è l'unico configurabile; non vanno inoltre sottostimate le possibilità di adattamento e, infine, va considerato che nuovi metodi di calcolo offrono stime comunque confortanti delle riduzioni conseguibili sulla base delle politiche ad oggi adottate.

Urgenda, a sua volta, propone un appello incidentale, contestando l'affermazione della Corte Distrettuale di prime cure per cui, sulla base dell'art. 34 della CEDU, gli art. 2 e 8 della medesima Convenzione non sarebbero direttamente invocabili dalla Fondazione nel giudizio (par. 32).

(B) In primo luogo, il Giudice di secondo grado affronta quanto sollevato da Urgenda con l'appello incidentale (parr. 34 e ss.).

Al riguardo, viene anzitutto confermato l'art. 34 della CEDU non ammette "azioni di pubblico interesse". Tuttavia, gli art. 2 e 8 della Convenzione restano idonei a integrare l'art. 3:305a del Codice Civile nazionale, che radica la competenza delle corti olandesi in materia di azioni di classe. I lavori parlamentari relativi alla redazione di tale disposizione, peraltro, confermano che la stessa è idonea a legittimare anche azioni relative a interessi "idealistici", il che conferma la sussistenza di un sufficiente interesse ad agire in capo ad Urgenda (mentre si ribadisce l'infondatezza delle obiezioni dello Stato in ordine alla presunta inammissibilità dell'azione in nome delle generazioni olandesi future, nonché straniere presenti e future, giacché l'azione è comunque ammissibile anche solo sulla base della rappresentanza degli interessi delle generazioni olandesi presenti).

(C) La Corte, poi, passa ad analizzare il contenuto precettivo degli artt. 2 e 8 CEDU (parr. 40 e ss.), ribadendo che gli stessi sono idonei a fondare un obbligo positivo dello Stato di proteggere la vita personale e privata dei cittadini soggetti alla sua giurisdizione: diritti, questi, minacciati in maniera imminente e diretta dai cambiamenti climatici, vista la gravità della situazione rappresentata.

Pertanto, anche alla luce del fatto che l'obiettivo finale (azzera-

mento delle emissioni entro il 2100) non è contestato fra le parti, lo Stato pone in essere una condotta illecita non predisponendosi a ridurre le emissioni del 25% entro il 2020: lo “scenario 450” prospetta infatti condizioni per le quali è “più probabile che non” conseguire l’obiettivo del contenimento dell’aumento di temperatura entro i 2° C, come riconosciuto dallo stesso Stato. Per contro, i rischi di *waterbed effect* e *carbon leakage* non sono rappresentati in modo circostanziato dalla parte pubblica. Parimenti, non è stato dimostrato in causa che la riduzione prevista del 25-40% andrebbe riferita ai Paesi dell’Allegato 1 nel loro complesso e non individualmente, mentre il principio di precauzione impedisce di invocare le incertezze relative ai cambiamenti climatici (parr. 46 e ss.).

Ancora, il fatto che l’azione si riferisca all’adozione di una misura preventiva in relazione alla sussistenza di rischi concreti (anziché richiedere il risarcimento di un danno consumato) supera le obiezioni di mancanza di un nesso causale e parimenti di inapplicabilità dell’art. 6:163 del Codice Civile.

(D) Infine, l’obiezione di invasione della sfera decisionale riservata alla discrezionalità politica non è ritenuta fondata, in quanto, si sostiene nella sentenza, la Corte è tenuta ad applicare norme dotate di effetto diretto che si rinviengano nei trattati ratificati dai Paesi Bassi, come appunto gli art. 2 e 8 CEDU, che costituiscono parte dell’ordinamento olandese e prevalgono sulle disposizioni interne contrastanti (par. 69).

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte di Appello conferma la pronuncia di primo grado.

SPUNTI CRITICI

Il caso Urgenda offre spunti e sollecita commenti critici da molteplici punti di vista, anche trascendenti il campo – in cui senz’altro il caso sarà ricordato come storico – del diritto ambientale.

In particolare, in una prospettiva di teoria del diritto pubblico e costituzionale, fra i principali profili che si potrebbero sottolineare sembrano rientrare per lo meno i seguenti, che paiono peraltro accomunati da una certa disinvoltura dogmatica e argomentativa delle due Corti nello sviluppo delle relative questioni.

(A) Le sentenze esaminate offrono anzitutto un esempio vivido e peculiare del *modus operandi* dei giudici (nazionali) nel contesto del cosiddetto “diritto multilivello”, una delle principali espressioni, come è

noto, del pluralismo giuridico contemporaneo.

Al riguardo, è interessante notare l'uso che viene fatto delle diverse fonti del diritto e, in generale, degli atti *lato sensu* normativi rilevanti per la decisione: il diritto internazionale (la CEDU, segnatamente), il diritto civile e processuale civile nazionale e, anche, le previsioni contenute nello Statuto della Fondazione.

In questo senso, va sottolineato come la Corte paia ricorrere di volta in volta alla fonte o all'atto che le risulti più utile al fine della decisione, senza che l'*iter* logico-giuridico seguito rispetti necessariamente i criteri o per lo meno gli stilemi argomentativi propri delle ricostruzioni tradizionali.

Così, in punto di definizione del contenuto della responsabilità dello Stato, dove il Codice Civile pare insufficiente la Corte decide di ricorrere alle fonti internazionali, lette come idonee ad integrare l'articolato civilistico olandese. Allo stesso modo, in ordine alla legittimazione della Fondazione, la stessa, quando non pare sussistere ai sensi delle norme internazionali, si rinviene invece ricorrendo al Codice Civile, a sua volta addirittura integrato, sul punto, da quanto previsto in un atto che non è fonte del diritto, come il disposto dello Statuto di Urgenda.

In questo modo, pare che le due Corti olandesi si muovano fra fonti e atti come – per utilizzare una delle ricostruzioni contemporanee alternative a quelle classiche e “piramidali” – fra i nodi di una “rete” (cfr. Pagallo 2006, 135 e ss.) in maniera orizzontale e senza preoccuparsi delle questioni relative alla gerarchia reciproca fra le diverse norme, attraverso operazioni che garantiscono il raggiungimento dello scopo (fondare la legittimazione e la vittoria nel merito di Urgenda) ma che, in alcuni momenti, abbisognerebbero forse di un fondamento dogmatico un po' più solido e argomentato.

(B) Dal punto di vista, invece, dell'opzione teorica cui si ricorre per fondare la tutela dell'ambiente, è da segnalare l'adesione, da parte delle Corti – e, a monte, da parte dell'attrice – a una prospettiva che si potrebbe dire classica, alla luce della quale l'ambiente stesso viene concepito come oggetto di tutela indiretta e funzionale rispetto alla protezione dei diritti dell'uomo.

Detto altrimenti, l'idea fondamentale è quella per cui la necessità (anche giuridica) di salvaguardare la natura discende dal fatto che ciò è condizione indispensabile per la prevenzione di conseguenze pregiudizievoli sulle condizioni di vita degli esseri umani, tanto delle generazioni presenti quanto di quelle future. In questo

senso, i diritti tutelati sono essenzialmente quelli collettivi cosiddetti di “terza generazione” (pur con l’apertura alle generazioni future di persone che popoleranno il pianeta).

Si tratta di una visione alternativa e, come accennato, più classica rispetto a quella che, invece, propone di concepire la natura stessa, o sue parti (gli animali per esempio, o gli alberi) come possibili soggetti di diritto titolari in proprio di interessi giuridicamente rilevanti: una prospettiva che in tempi relativamente recenti ha abbandonato l’esclusivo ambito della speculazione dottrinale per essere recepita dalla giurisprudenza di vari Paesi (si pensi solo al caso del fiume Whanganui in Nuova Zelanda o all’Amazzonia in Colombia: cfr. su tali temi Míguez Núñez 2018 e, per risalire a uno dei primi studi in materia, Stone 1972).

Tanto premesso, non avrebbe forse guastato, da parte delle Corti, un maggiore approfondimento, al di là della riconosciuta legittimazione in capo ad Urgenda, in ordine all’indubbia differenza fra gli interessi delle generazioni presenti e di quelle future, anche con un riferimento alla dibattito relativo ai diritti di queste ultime nel contesto dei discorsi sui diritti di “nuova generazione” (cfr. sul tema Pisanò 2013).

(C) Come conseguenza di quanto ora evidenziato, il caso si palesa poi quale esempio paradigmatico di “azione collettiva”.

Particolarmente curioso è come una Fondazione privata di un Paese specifico sia considerata quale soggetto potenzialmente esponenziale e rappresentativo di tutti i cittadini del Paese stesso e, persino, dell’intera umanità, in relazione alla protezione di un oggetto di tutela che, al subire pregiudizio, proprio a tutti i cittadini olandesi e a tutti gli uomini causerebbe un danno.

Per riprendere l’immagine della rete, in Urgenda viene così identificato un *hub*, un “nodo” idoneo a catalizzare e rappresentare esigenze diffuse a livello globale. In questo senso, non si tratta di un’azione “di classe” o di gruppo (*class action*, volta cioè a tutelare gli interessi particolari di un gruppo omogeneo di soggetti), ma piuttosto, appunto, di un’azione collettiva, la quale, per utilizzare categorie proprie di alcune esperienze giuridiche latinoamericane, come quella colombiana, potrebbe definirsi altresì “popolare”, volta cioè alla tutela di interessi diffusi.

Verrebbe in questo senso da domandarsi come sia qualificabile l’interesse rappresentato da Urgenda – ad esempio, se si possa parlare interesse pubblico, venendo l’azione proposta, appunto e fra l’altro, in

nome di tutti i cittadini dei Paesi Bassi – nonché se davvero la mera (e arbitraria) previsione della norma di uno Statuto possa adeguatamente fondare la legittimazione ad agire in nome dell'umanità. Anche sotto tali profili, in verità, pare potersi dire che una maggiore attenzione all'aspetto dogmatico da parte delle Corti, con un'argomentazione più precisa e sviluppata, non avrebbe guastato.

(D) L'aspetto da ultimo esaminato apre, infine, a un ulteriore profilo critico, che attiene alla legittimità della decisione assunta dai Giudici alla luce del rispetto della divisione dei poteri e, in ultima analisi, dei principi dello Stato di diritto.

Al riguardo, si può sottolineare che, in entrambe le pronunce e in particolare in quella d'appello, la questione in esame venga trattata con una certa rapidità e forse anche superficialità, limitandosi le due Corti a ribadire l'ovvia considerazione per cui al potere giudiziario non è certamente del tutto precluso un giudizio sulle scelte del potere politico.

Invero, e fra l'altro, è se non altro curioso assistere ad un'azione proposta in nome (anche) di tutti i cittadini olandesi, rappresentati da una fondazione privata sulla base di quanto indicato nel proprio Statuto, contro il governo nazionale, che dei cittadini medesimi è il rappresentante democratico e costituzionale.

Anche su questo punto, quindi, una maggiore argomentazione non avrebbe potuto che arricchire entrambe le sentenze.

CONCLUSIONI

In conclusione, quindi, le due sentenze relative al caso Urgenda vanno segnalate, oltre che per il carattere storico della decisione assunta e il suo ruolo fondamentale dal punto di vista del diritto ambientale, per profili pubblicistici e costituzionalistici di tutto rilievo, fra cui il *modus operandi* delle corti nel contesto del cosiddetto diritto multilivello, le “nuove generazioni” dei diritti, le azioni collettive e il rispetto dello Stato di diritto: tutti aspetti in relazione ai quali una riflessione dottrinale sembra altresì resa importante da alcune criticità che le pronunce paiono rivelare.

In questo senso, l'auspicio è che la presentazione della vicenda possa suscitare qualche curiosità, aprendo al dibattito magari anche a partire da prospettive di analisi differenti.

RIFERIMENTI

LIN, J.S.W. The first successful climate negligence case: A comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands. In *Climate Law*, Vol. 5 No. 1 (2015), 65-81

MÍGUEZ NÚÑEZ, R. *Le avventure del soggetto*. Milano: Mimesis 2018

PAGALLO, UGO. *Teoria giuridica della complessità*. Torino: Giappichelli, 2006

PISANÒ A. Voce “Generazioni future (Parte giuridica)”. In *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VI. Napoli: E.S.I., 2013, 520-530

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos. In *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VII, No. 2 (2016), 1-38

ROY, S. Situating Urgenda versus the Netherlands within comparative climate change litigation. In *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 34 No. 2 (2016), 165-189

STONE, C.D. Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. In *Southern California Law Review*, 45, 1972, 450-501

VAN ZEBEN, J. Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: Will Urgenda turn the tide? In *Transnational Environmental Law*, No. 4 (2015), 339-357

Rechtbank Den Haag, 24-06-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, C/09/456689 / HA ZA 13-1396 (English translation), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien-document?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

Gerechtshof Den Haag, 09-10-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2610, 200.178.245/01 (English translation), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien-document?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>

TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: CONTRIBUTOS À TUTELA DO AMBIENTE

MARCO ANTÔNIO PREIS¹

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA²

INTRODUÇÃO

Referências cada vez mais vagas a direitos fundamentais, por traduzirem todos os desejos humanos à *gramática* dos direitos, sem levar em conta seus custos e condições materiais de realização, conduziram à questão: Em que ponto do desenvolvimento do constitucionalismo se perdeu de vista a noção da exigência do cumprimento dos deveres fundamentais pelas pessoas em sociedade?

A partir da descrição do processo de consolidação dos direitos fundamentais que, *grosso modo*, acompanha os modelos de Estado de Direito (liberal, social e democrático), com a passagem da condição do ser humano da posição de súdito à condição de sujeito de direitos, constata-se que a gradativa predominância dos direitos sobre os deveres, com o tempo, se acentua e se converte em hipertrofia dos direitos, inflação legislativa que os expõem ao risco da banalização e, noutro vértice, atrofia dos deveres.

É diante dos desafios do constitucionalismo contemporâneo que se insere a proposta de resgate dos deveres fundamentais, a fim de edificar um arcabouço dogmático capaz de dialogar com a teoria e a prática dos direitos fundamentais e, como tal, funcionar como instrumento de garantia de eficácia dos direitos fundamentais de todos.

O trabalho, portanto, se dedica a contribuir para esse processo de desenvolvimento teórico na perspectiva constitucional brasileira e, para esse intento, apresenta-se a temática dos deveres fundamentais e sua inserção no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, o que abre novas condições de possibilidade para o tratamento jurídico dos prin-

1 Mestre em Direito pela URI-Santo Ângelo. Juiz de Direito do TJRS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7145346721817277>. Contato do correio eletrônico: m_preis@hotmail.com.

2 Doutor em Direito pela UNISINOS (2011). Juiz de Direito do TJRS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Contato do correio eletrônico: jfd-clyra@tjrs.jus.br

cipais desafios da atualidade. E, a partir dessa matriz teórica, traçar um esboço de sua aplicação a um conjunto específico de deveres fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988, os deveres fundamentais ambientais ou ecológicos.

Adota-se para a abordagem científica o método dedutivo na identificação do problema da ausência de um desenvolvimento teórico dos deveres fundamentais e, em seguida, aplica-se o método indutivo para a proposição de resgate do tema dos deveres na ordem jurídica, sob o paradigma da solidariedade, para a eficácia dos direitos fundamentais. Assim, parte-se de um método de procedimento expositivo, quanto às previsões dos deveres fundamentais no direito positivo, bem como analítico e propositivo na contribuição teórica de examinar os deveres como categoria jurídica com relativa autonomia em relação aos direitos, seu fundamento, conteúdo, alcance e limites, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica.

1 - DEVERES FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Sob a premissa teórica de que os deveres fundamentais se encontram positivados nos principais diplomas internacionais e constitucionais, são apresentados os textos jurídicos mais representativos a comprovar tal afirmação, a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), no sistema global, e a Constituição brasileira (BRASIL, 1988), diplomas que comemoram, respectivamente, setenta e trinta anos de vigência.

O texto internacional prevê o dever de todos os seres humanos, dotados de razão e consciência, para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível e, na sequência, adverte sobre a ilicitude do abuso de direitos e liberdades fundamentais (art. 29). E, sob sua influência, o texto constitucional brasileiro inaugura a seção jusfundamental com o capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos e, em seu corpo, institui o alistamento e voto obrigatórios (art. 14), o serviço militar compulsório (art. 143), a segurança pública como responsabilidade de todos (art. 144), o dever geral de pagar impostos (art. 145), a educação como dever familiar (art. 205), educação básica compulsória (art. 208, I), o meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever de defesa e preservação por parte de todos (art. 225),

dever geral de proteção das crianças, adolescentes e jovens (art. 227), deveres recíprocos de amparo entre pais e filhos (art. 229), dever geral de amparo às pessoas idosas (art. 230) entre outros.

Mas a compreensão da importância do tema dos deveres fundamentais exige que situemos no contexto de desenvolvimento do constitucionalismo. A construção histórica do Estado de Direito repousou sobre a reivindicação de direitos³, a noção de Estado moderno se construiu sobre a reivindicação de direitos subjetivos, desde o modelo liberal, passando pelo aparelhamento de bem-estar social até chegar aos sistemas democráticos contemporâneos. No entanto, muito embora não tenha sido a ênfase dos discursos, os deveres sempre estiveram presentes nesse processo. Desde as origens da metáfora do contrato social⁴, além dos direitos, liberdades e garantias⁵ dos indivíduos frente ao Estado, a coletividade exige das pessoas também deveres para com o todo.

São expressões que se referem uma à outra, a princípio com uma imagem de oposição, a qual se busca desconstruir e revelar o quão complementares e próximas são essas noções. Apesar dessa antiga e íntima relação, a narrativa do processo histórico de consolidação dos direitos deixou à margem a importância jurídica dos deveres na construção de sociedades justas e igualitárias. Isso se deu, sobretudo, no período histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, de superação a regimes totalitários e, portanto,

- 3 Quando se fala em direitos humanos e fundamentais no texto, remete-se à distinção terminológica consagrada na literatura como direitos extraídos de textos normativos positivos na ordem internacional e constitucional, respectivamente, portanto, rechaça-se de plano a ideia de um conjunto de direitos atemporais e inatos à espécie humana, mas sempre como construções discursivas e históricas, delimitadas no tempo e no espaço.
- 4 Não existe propriamente um contrato social lavrado e firmado no mundo dos fatos, mas trata-se de uma metáfora teórico-filosófica adotada por diversos autores europeus do século XVIII (Hobbes, Rousseau, Locke, Pufendorf, Kant) para explicar a formação e a manutenção da ordem social que marcou o surgimento do Estado moderno liberal, no sentido de as pessoas abrirem mão de parcela de sua liberdade em prol da autoridade, que organiza a vida social em torno de normas válidas, em contraponto a um igualmente simbólico e prévio estado de natureza.
- 5 São chamados *direitos-garantia* quando apresentam uma função instrumental, contendo normas de competência ou regras de ação estatal para proteção de outros direitos, que constituem posições primárias ou direitos-direitos; ao passo que os direitos-liberdades designam e definem espaços de decisão e de ação individual livres da interferência estatal. No entanto, são todos direitos, por se referirem à esfera de cada pessoa, tornando possível delimitar os interesses a proteger e autonomizar posições jurídicas subjetivas, ao contrário do que se passa com as garantias institucionais, indivisíveis e globalmente insuscetível de atribuição subjetiva.

de uma compreensível primazia dos direitos sobre os deveres⁶, o que, com o tempo, se acentuou e se converteu em hipertrofia dos direitos, em inflação legislativa que os expõem ao risco da banalização.

Não que os deveres deixassem de existir ou não fossem aplicados, pois sua previsão nos textos normativos de todo o mundo e suas incidências cotidianas revelam o quão presentes os deveres estão nas vidas das pessoas, muito embora não seja percebida porque o léxico jurídico do constitucionalismo contemporâneo não consegue trabalhar com outras categorias senão a de direitos. Compreender quais são, como incidem e quais os limites à aplicação dos deveres fundamentais torna-se imprescindível para o convívio em sociedade e controle eficiente do poder.

Sem a pretensão de traçar uma narrativa linear da história do Estado moderno, mas seguindo as balizas consolidadas dos modelos liberal, social e democrático, tem-se que o fio condutor sempre foi a limitação de poder por parte dos cidadãos e da sociedade civil em relação ao Estado. Porém, se o intuito é a imposição de limites ao poder político, olvidou-se da sua dimensão oposta, a partir do instrumento que lhe é mais característico, seja dizer, a imposição de deveres. Para parametrizar a atuação legítima do poder dentro das balizas do Direito⁷, ao revés, se afigura mais adequado estudar os conteúdos e alcances dos deveres impostos a todos, de dentro para fora, do que cercar o poder com direitos subjetivos, de fora para dentro.

A crise dessas promessas públicas de bem-estar social, sobretudo por razões econômicas, conduziu ao exaurimento da relação entre homem e Estado, que não pode intervir em todos os aspectos da vida, mas também não é capaz de fornecer tudo o que dele se exige. É o momento em que as pessoas não mais se limitam à relação vertical e passam a estabelecer relações horizontais, da sociedade civil, para a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, se insere a perspectiva em que os direitos fundamentais adquirem força normativa, surge a nova catego-

6 Faz-se a ressalva de que é equivocada a associação entre os deveres e os regimes totalitários ou autoritários, pois só há sujeito de direitos e deveres se este for livre e entre si viverem em um padrão minimamente satisfatório de igualdade, pois em um regime de submissão absoluta não há nenhum direito nem dever, mas mero ato de força, em que as pessoas, sem liberdade, se convertem em objeto do poder e, do mesmo modo, entre desiguais não há relações jurídicas, mas relações de exploração ou opressão.

7 Utiliza-se Direito com inicial maiúscula apenas para designar a Ciência Jurídica (*Law*), ao passo que direito em minúsculas designa a posição de vantagem (*right*), o poder da vontade ou interesse (direito subjetivo) reconhecido e protegido pela ordem jurídica (direito objetivo).

ria dos direitos de solidariedade⁸ e, portanto, exige a construção de uma pessoa humana que tem sua dignidade⁹ como centro gravitacional do ordenamento jurídico e diretriz para a edificação de seu estatuto jurídico, composto tanto por direitos como por deveres fundamentais.

São os *novos direitos*, que somente podem ser realizados através da cooperação social de todas as pessoas em sociedade, em que os direitos se complementam e a solidariedade funciona como uma amálgama entre pessoas livres e iguais voltada ao bem comum, tendo em seu núcleo direitos e deveres voltados à cooperação social de todas as pessoas de uma sociedade que se pretenda bem-ordenada em prol do bem coletivo. Nessa dimensão, defende Medeiros (2004, p. 73), a figura do homem-indivíduo perde o protagonismo e exige esforços e responsabilidades de todos, abrindo caminho para um grau mais elevado de juridicidade, concretude, positividade e eficácia social, pois não nasce de uma relação contratual prévia nem de um *status* como o de ser cidadão de determinado Estado, mas da valorização da pessoa humana em si.

Os direitos não mais podem ser pensados na relação entre indivíduo e Estado, mas incluem uma dimensão de *deverosidade*¹⁰ como os di-

-
- 8 Não que haja, propriamente, um “*direito à solidariedade*”, como direito subjetivo ou como um valor, mas utiliza-se essa terminologia sobretudo pela ausência dos deveres no léxico do constitucionalismo – haja vista que solidariedade é um dever (*Solidaritätspflicht*), como exposto por Luchterhandt (LUCHTERHANDT, Otto. *Grundpflichten als Verfassungsproblem im Deutschland: geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz*. Berlim: Dunker & Humblot, 1988. p. 437 et seq.) Trata-se de instituto jurídico-constitucional de perspectiva objetiva, na conformação normativa de posições jurídicas, pois tem em vista o seu significado para toda a coletividade, o interesse público e a vida comunitária.
- 9 Diante da plurivocidade do termo, utiliza-se dignidade da pessoa humana como uma categoria jurídica que comporta dimensões (MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15 et seq.), dentre as quais se destacam uma dimensão ontológica, núcleo essencial intangível, e uma dimensão intersubjetiva e comunicativa, traduzida em um feixe de direitos e deveres humanos e fundamentais que, portanto, comporta graus de realização conforme a atuação (Ibid., p. 119 et seq.) da pessoa em sociedade.
- 10 A palavra *deverosidade* não consta dos dicionários de Língua Portuguesa, mas trata-se de neologismo criado a partir da influência da literatura alemã, pois o idioma alemão contempla termos distintos para tratar dos deveres (*Pflichten*) e do estado, situação ou posição de sujeição aos deveres (*Pflichtigkeit*), inicialmente para o idioma italiano, como *deverosità*.

reitos-deveres de proteção da natureza e do patrimônio cultural, direitos circulares, com uma horizontalidade característica e uma forte dimensão objetiva na proteção de bens comunitários, de interesse de todos e, ainda, das gerações futuras. Assim, o paradigma do Estado prestador é substituído pelo do Estado regulador, garantidor e incentivador, que promove a cooperação dos privados na realização de tarefas de interesse público.

Esse traçado histórico revela um sistema em permanente transformação, em que não há uma sucessão de camadas de gerações de direitos¹¹, a sugerir uma certa prevalência ou hierarquia entre tais conjuntos de direitos, mas, uma vez consagrados nos textos jurídicos, se sujeitam ao esforço uniformizador e sistematizador da hermenêutica constitucional.

Apesar dessa simplificação ilustrativa na divisão em três grandes momentos, nenhuma ordem jurídica vivenciou historicamente uma sucessão clara destes paradigmas, mas momentos políticos de preponderâncias, avanços e retrocessos, bem como a coexistência conflituosa entre as características próprias de cada um dos modelos apresentados. Embora se viva um tempo de incertezas, a literatura contemporânea converge na constatação de que o constitucionalismo mudou, de modo a falar-se hoje em vários *neoconstitucionalismos* (CARBONELL, 2003) – rótulo sob o qual se incluem análises de diversos fenômenos que impactam o paradigma do Estado ao longo do tempo e o desenvolvimento da respectiva Teoria do Direito explicativa dessas mudanças.

Em paralelo à trajetória histórica dos direitos fundamentais, com sua narrativa, descortina-se uma história pouco contada, a dos deveres fundamentais que, em um primeiro momento, derivaram da relação comum de *súditos* de um mesmo governo ou soberano e, depois, com a submissão dos governantes e com o surgimento do Estado, pode-se falar em deveres dos poderes públicos. Nesse ponto, Andrade (2017, p. 51-53) identifica no momento histórico da formação do Estado de Direito liberal a

11 O tratamento dos direitos em gerações ou dimensões se refere à classificação iniciada por Vasak (1982), desde 1979, em um conjunto de características coincidentes com os principais marcos históricos da vida política e social da Europa moderna. A própria ideia de dividir os direitos em fragmentos é questionável, na linha de Trindade (1991), pois remete a uma ilusória hierarquização ou a uma evolução linear que vai de encontro à natureza histórica e discursiva dos direitos, bem como à eficácia máxima que se projeta em uma visão em torno de um estatuto da pessoa. Ao revés, condições ambientais e sociais mínimas devem ser os pressupostos ao efetivo exercício aos direitos básicos de liberdade, por exemplo. Admite-se a existência da classificação, por ser frequentemente citada na literatura, apenas como forma de exposição e para o fim de criticá-la com a defesa expressa de um reconhecimento uno e indivisível não somente de todos os direitos, mas também de deveres humanos e fundamentais.

configuração de hipertrofia dos direitos e atrofia dos deveres, pela conjuntura de afirmação de valores individuais contra o arbítrio e opressão estatal, contexto em que o Estado era visto como *inimigo* do cidadão. Depois, a ideia de responsabilidade comunitária, retomada com o surgimento do Estado social, consagrou a autorresponsabilidade na atuação social e a atribuição de deveres jurídicos de respeitar valores constitucionais, especialmente aqueles que refletem nos direitos fundamentais e na dignidade das demais pessoas que integram a coletividade política.

Por isso, hoje, o resgate da categoria dos deveres fundamentais busca (r)estabelecer o equilíbrio nas relações sociais, o que só é possível com o balizamento de responsabilidades e limites ao exercício dos direitos, como medida de justiça e correção de possíveis desigualdades no acesso e no exercício aos direitos. As constituições contemporâneas consagram, no seu núcleo essencial, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, os princípios estruturantes, os valores superiores da sociedade, que merecem uma proteção e uma normatividade reforçada, pois servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento, em uma ordem preferencial de valores que converge para o atingimento das funções de toda a constituição, como limitação e controle jurídico do poder; ordem e ordenação; organização e estruturação do poder; legitimação da ordem constitucional; estabilidade; identidade política; reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais; e imposição de programas, tarefas e finalidades estatais (NABAIS, 2015, p. 127).

É nesse sentido que se propõe pensar a liberdade com responsabilidade e a igualdade na distribuição dos encargos, imprescindíveis para a existência e funcionamento de toda a sociedade organizada. Uma relação de equilíbrio entre direitos e deveres como normas *jusfundamentais*, sem exclusivismos, projetada sobre os deveres voltados ao bem comum, sem afetação do núcleo essencial dos direitos envolvidos, e mediada pela dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo como limite e tarefa. Com essas premissas redimensiona-se a relação entre liberdade e autoridade, entre direitos e deveres fundamentais – pois o Estado de Direito é, antes de tudo, poder e autoridade, sem os quais não se pode garantir nenhum direito.

Esse repensar da posição dos deveres fundamentais na comunidade política, vem a vincular e a harmonizar o exercício dos deveres e dos direitos, reestruturando o sistema e a teoria dos direitos e deveres fundamentais.

2 - TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

O estudo dos deveres fundamentais exige a concentração de esforços voltados à sistematização de suas especificidades, e não como uma teoria construída sob a lógica do espelho, como contraface à teoria dos direitos fundamentais, pois, como visto, o desenvolvimento dos deveres não acompanhou o processo histórico de construção dos direitos em paralelo, em perfeita simetria¹². Por isso, para se compreender e colocar balizas jurídicas sobre suas incidências é preciso, antes, conhecê-los em suas particularidades, seus elementos definidores e estruturais, bem como sua relação com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que Nabais (2015, p. 35-37) proclama que os deveres fundamentais devem ser perspectivados como uma categoria ou figura jurídica própria, o que não significa necessariamente equidistância em face dos direitos e aos poderes públicos, pois vige no Estado de Direito o primado da pessoa humana (liberdade), constituindo importante vetor do estatuto da pessoa, expressão de valores e interesses comunitários, diferentes ou contrapostos aos valores e interesses individuais.

Primeiramente, é preciso saber do que se está a tratar. Sem a pretensão de apresentar conceitos definitivos, a partir do desenvolvimento teórico dos deveres fundamentais como instituto jurídico-constitucional, Nabais (2015, p. 64) condensa as características para a construção de um conceito tipológico dos deveres fundamentais que, como corretivo da liberdade, se traduz na mobilização do homem e do cidadão no campo jurídico para a realização dos objetivos do bem comum.

Para o espanhol Peces-Barba Martínez (1987, p. 329-341), são aqueles deveres jurídicos que se referem às dimensões básicas da vida do homem em sociedade, aos bens de primordial importância à satisfação das necessidades ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas ou ao exercício dos direitos fundamentais – a este conceito, Bandieri (2011, p. 211-244) acrescenta todos aqueles deveres previstos em convenções internacionais, de âmbito global e regional, bem como nas constituições democráticas, excluindo os deveres de fonte legal e jurisprudencial.

No mundo hispânico, ainda, há outras importantes vozes que se levantam a tentar definir os deveres fundamentais, a exemplo de Garzón Valdés (1986, p. 17-33), que considera como deveres fundamentais aqui-

12 Perspectiva há muito superada pela denominada “*tese da assimetria*”, consagrada na literatura constitucional alemã: por todos, LUCHTERHANDT (1988, p. 538 et seq.).

lo que cada pessoa tem ante o Estado e a sociedade de contribuir para a formação de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais de todas as pessoas, desde que esses encargos não ultrapassem a condição do que denominou de *sacrifício trivial* – depois de incorporadas as consideradas críticas de Bayón Mohino (1986, p. 35-54) e Laporta (1986, p. 55-63).

Na Itália, Lanchester (2010, p. 67-81) entende por deveres fundamentais os comportamentos que o ordenamento considera jurídica e politicamente apreciáveis, que se dirigem a sujeitos privados, materializados em obrigações concretas, com a previsão de algum tipo de sanção por descumprimento para ser considerado um dever jurídico. E, ainda, outros autores italianos, que se utilizaram da expressão deveres constitucionais (LOMBARDI, 1967) ou deveres públicos individuais na constituição (CARBONE, 1968), enquanto Bobbio e Violi (2007) e Violante (2014) tratam mais das implicações e articulações do tema dos deveres com temas políticos mais abrangentes, como a democracia e a cidadania, mas todos se referem, em maior ou menor medida, ao comando geral de observância aos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social, previsto no art. 2º da Constituição italiana (1947).

Dentre os autores alemães se destacam Luchterhandt (1988) e Hofmann (1992), dedicados a construir um conceito material dos deveres fundamentais, composto por elementos objetivos (irrenunciabilidade; elevado significado para a comunidade; expressão no texto constitucional e grau de normatividade constitucional) e elementos subjetivos (elevada pessoalização ou infungibilidade no seu cumprimento, gratuidade, peso e continuidade de sua oneração e probabilidade de sua efetiva imposição). No Brasil, Sarlet (2018) e outros autores, como Medeiros (2004), Molinaro (2015) e Siqueira (2010), trabalham com conceitos que, direta ou indiretamente, são oriundos das formulações de Nabais (2015).

Para este trabalho, como síntese, adota-se o conceito de deveres fundamentais como o instituto jurídico-constitucional com relativa autonomia em relação aos direitos, que exige juridicamente de todas as pessoas (físicas, jurídicas e coletivos despersonalizados) determinados comportamentos (fazer, não fazer, dar), umas perante as outras e todas perante a comunidade politicamente organizada a que fazem parte (Estado, inclusive), indistintamente, independentemente de capacidade (civil, penal, administrativa) e passíveis de sanção jurídica em virtude do seu descumprimento injustificado, voltadas a proporcionar as bases

materiais para existência e funcionamento da sociedade e para a concretização dos direitos fundamentais de todos, decorrentes de uma ordem jurídica democrática, com posição de primazia normativa e controle de revisão (fundamentalidade formal), cujos conteúdos integram o estatuto da pessoa, formado por direitos e deveres fundamentais e orientado pela dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material).

Trata-se, pois, de deveres fundamentais (*Grundpflichten*), que não se confunde com os deveres de proteção (*Schutzpflichten*), dirigidos ao Estado para a tutela dos direitos fundamentais. Essa é a primeira grande distinção a ser feita. Ou seja, os deveres fundamentais integram a constituição da pessoa, ao passo que os deveres de proteção se inserem na constituição do Estado.

Delimitados os elementos tipológicos é possível excluir determinadas figuras próximas, mas que não se confundem, como o que se denomina deveres constitucionais organizatórios, orgânicos ou funcionais (SCHMITT, 1986), competências obrigatórias ou vinculadas dos órgãos do Estado e que integram sua organização política, sem necessária correspondência com o conteúdo material jusfundamental que integra o estatuto do poder político, como os deveres decorrentes da legalidade estrita administrativa.

Ainda, os deveres gerais de ser justo e de obedecer à constituição, às leis e às autoridades, por outro, também não se configuram como verdadeiros deveres fundamentais. Os primeiros, porque não passam de apelos constitucionais a uma virtude cívica, à disponibilidade voluntária das pessoas em adotar condutas exigíveis por razões de ordem metajurídica ou moral; e os segundos, porque a constituição não indica uma direção material do comportamento devido, mas se limita a ter em conta as condições de validade do exercício dos poderes públicos, em termos correspondentes às situações de sujeição (*status subjectionis*) – ou seja, tais disposições constitucionais não visam a investir as pessoas em posições subjetivas, mas a estabelecer as condições de validade e de exercício das competências estatais (NABAIS, 2015, p. 74).

Outra figura diversa dos deveres são os ônus, pois enquanto os deveres consistem em uma necessidade jurídica de adoção de um determinado comportamento, os ônus concretizam-se pela necessidade prática em que se encontra um detentor de um poder reconhecido pela ordem jurídica para praticar certo ato a fim de produzir efeitos jurídicos que lhe são favoráveis¹³.

13 Como no caso do ônus do jurisdicionado de comprovar a hipossuficiência econô-

Mas a principal distinção a ser feita é entre deveres e obrigações jurídicas e, para tanto, importante resgatar a distinção de Romano (1983, p. 23) entre os deveres correlativos a direitos por obrigações (*obblighi*) e os deveres de caráter geral, correspondentes a poderes funcionais (*poteri*) por deveres em sentido estrito (*doveri*). Essa distinção é retomada por Díaz Revorio (2011, p. 278-310) para considerar como *obrigação* o marco de uma relação jurídica na qual existe, de forma correlata, um direito subjetivo de outra parte, enquanto que *dever*, em sentido estrito, é estabelecido em proteção de interesses objetivos. Dessa forma, frente ao dever de um sujeito existe um *poder* para pretender seu cumprimento. Esse poder se constitui como garantia da observância do dever, expressão de interesses objetivados por uma norma, à margem de uma relação jurídica concreta. Portanto, os deveres derivam diretamente da norma, são impostos em atenção a interesses gerais da sociedade e frente a eles existe um poder, cujo exercício permitirá garantir seu cumprimento; ao passo que as obrigações existem no seio de uma relação jurídica concreta e frente a elas se situa o direito subjetivo da parte contrária.

A principal classificação dos deveres fundamentais os distingue em: (i) deveres associados a (ou conexos com) direitos fundamentais, em que se verifica uma coincidência de conteúdo do dever com parte do conteúdo do direito (*v.g.*, direitos-deveres ambientais ou ecológicos); (ii) deveres coligados a direitos, concebidos com o objetivo de enfraquecer ou limitar o conteúdo de determinados direitos (*v.g.*, dever de abstenção político-partidária em relação à liberdade; função socioambiental em relação à propriedade privada); e (iii) deveres autônomos ou separados dos direitos fundamentais *stricto sensu*, porque apenas (de) limitam negativamente os direitos (*v.g.*, serviço militar; pagamento de impostos) (NABAIS, 2015, p. 39-40).

Ainda, segundo seu conteúdo, podem ser positivos ou negativos, conforme prescrevam comportamentos ativos – que podem se desdobrar em deveres de prestação personalíssima, infungíveis, que veiculam um *face-re*, como o serviço militar e o voto, ou uma prestação de coisa (*dare*), como o pagamento de impostos – e comportamentos omissivos, deveres de absten-

mica para gozar da gratuidade judiciária (garantia fundamental), pois, no Brasil, em regra, os serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário são remunerados, por meio da cobrança de uma taxa, porém a Constituição brasileira (1988) prevê, em seu art. 5º, LXXIV, que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, de modo que incumbe a quem pleiteia a isenção da taxa o ônus de provar sua condição de hipossuficiente, sob pena de ter indeferido o pleito, ou seja, de não gozar do direito.

ção¹⁴ (*non facere*), como a isenção político-partidária à Magistratura. Nesse aspecto, há figuras mistas, como os deveres de promoção da saúde e do meio ambiente, ao mesmo tempo, abstenção a ofensas a tais bens jurídicos e realização de condutas ativas para sua preservação (*facere e non facere*) ou os deveres de manutenção e educação dos filhos, que veiculam simultaneamente aspectos materiais de *facere e dare*¹⁵.

Delimitado o objeto do trabalho, verifica-se, dentre os pontos mais controvertidos na literatura internacional, a possibilidade da aceitação de um sistema aberto de deveres fundamentais, que não decorrem de uma cláusula geral¹⁶, mas que podem reconhecer também *novos deveres*¹⁷, conexos ou autônomos, bem como da aplicabilidade direta e imediata das normas que veiculam deveres, haja vista que sempre há algum efeito imediato mínimo, desde a eficácia revocatória de comandos normativos contrários a seu conteúdo, imposições vinculantes ao legislador e como parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas, ainda que não haja a projeção de posições subjetivas passivas¹⁸.

-
- 14 Importante a distinção entre os comandos ativos de comportamentos omissivos (exigência jurídica positiva do *non facere*), que constituem verdadeiros deveres fundamentais, como o exemplo citado, e os meros deveres de tolerância ou deveres de suportar (*de pati*), como a submissão aos atos públicos de desapropriação de terras por interesse público (não sanção), por se tratar apenas de posições de sujeição jurídica a poderes e competências constitucionais. *Ibid.*, p. 68 e 83.
- 15 A esse respeito, Sarlet e Fensterseifer (2017. p. 258 et seq.) observam que a complexidade de alguns deveres, como o dever de preservação ambiental, pode se desdobrar em diversas modalidades, defensivas e prestacionais. Assim, por exemplo, o dever de realização de estudo prévio de impacto ambiental e o dever de publicidade e informação ambiental caracterizam o conteúdo prestacional, enquanto que o dever de precaução e o dever de não degradação são defensivos, ambos voltados ao comportamento das pessoas, sob o prisma do compartilhamento das responsabilidades e obrigações de todos.
- 16 Como se dá, por exemplo, na matriz italiana, a partir do art. 2º da Constituição da República Italiana: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economia e sociale.*
- 17 Admite-se a criação de novos deveres por arrastamento, decorrentes de decisões judiciais, sem intervenção legislativa, como ocorre, por exemplo, com os deveres conjugais, a princípio restritos, que se aplicam também às uniões estáveis e às uniões entre pessoas do mesmo sexo.
- 18 Isso porque os deveres fundamentais compartilham, em grande parte, ainda que com temperamentos, do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, observada a dupla fundamentalidade, formal e material, com especial limite de revisão constitucional.

Essas e outras especificidades são os conteúdos e questões próprios dos deveres fundamentais, o que não se pode adentrar aqui com profundidade, mas já foi objeto de monografia (PREIS, 2018). No entanto, lançadas as diretrizes gerais sobre o tema e os contributos para uma teoria geral, é preciso avançar para uma análise mais concentrada na matriz brasileira e na abordagem das possíveis aplicações práticas dessa teoria aos deveres fundamentais extraídos da Constituição brasileira.

3 - DEVERES FUNDAMENTAIS AMBIENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No caminho de construção de uma teoria e de uma dogmática própria dos deveres fundamentais, a partir de contribuições estrangeiras e com referências pontuais ao direito comparado, adentra-se agora ao texto constitucional brasileiro, que reservou seu capítulo essencial, inaugurado pelo art. 5º, o Capítulo I do Título II, para “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*” – não obstante estejam espalhados ao longo de todo o texto constitucional, bem como nas normas de conteúdo materialmente constitucional.

A teoria dos deveres fundamentais que se busca desenvolver há de ser, antes de tudo, *constitucionalmente adequada*¹⁹, ou seja, atenta às peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, ainda que inspirada em categorias jurídicas produzidas em outros ambientes constitucionais, mas que, pela sua forte recepção no Direito comparado e pela sua capacidade de adaptação e articulação, dialogam com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Sem a pretensão de esgotar o conteúdo nem de apresentar um catálogo dos deveres fundamentais em espécie, delimitam-se os deveres

19 Em que pese a maioria dos autores trabalhados seja formada por europeus, privilegiou-se a adoção das discussões literárias internacionais oriundas das matrizes constitucionais que mais diretamente influenciaram e influenciam a brasileira, da mesma família romano-germânica, pois não se poderia partir de um “marco-zero” de compreensão dos institutos jurídicos. Assim, parte-se da linguagem universal compartilhada na literatura internacional sobre o tema e busca-se, ao longo de toda a extensão do trabalho, realizar adaptações às peculiaridades da realidade social e jurídica brasileira, com ineditismo na abordagem dos mais variados temas sob a perspectiva e a gramática dos deveres fundamentais.

fundamentais ligados à questão ambiental²⁰, direcionados aos indivíduos, a grupos e a toda a coletividade, a fim de evidenciar seus conteúdos e limites de aplicação prática.

Nesse sentido, o art. 225 da Constituição brasileira expressa que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade, conjuntamente, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Portanto, o comando constitucional traz a ideia de responsabilidades e de encargos ambientais compartilhados entre Estado (deveres de proteção) e sociedade (deveres fundamentais). A ideia de dever jurídico é, portanto, um dos aspectos normativos mais importantes trazidos pela nova dogmática dos direitos fundamentais, como destacam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 64-65), vinculados ao princípio da solidariedade.

Trata-se de direitos-deveres, de modo a reconstruir o tratamento normativo tanto dos direitos como dos deveres, com destaque ao direito-dever de proteção ambiental, pois a responsabilidade da tutela ecológica incumbe a todos, não apenas ao Estado²¹, pois para além do direito de viver em um ambiente sadio, as pessoas têm deveres para com a manutenção do equilíbrio ecológico²².

-
- 20 Conforme exposição original, em Dissertação de Mestrado (PREIS, 2018), no mesmo eixo de deveres fundamentais de conteúdo intergeracional, reflete com maior intensidade os direitos-deveres, de natureza circular, que extrapolam o âmbito individual e até mesmo o intersubjetivo, alcançando toda a humanidade e seu legado reflexo projetável a outros seres vivos não humanos e às futuras gerações humanas, situam-se também os deveres para com o patrimônio histórico, artístico e cultural, previstos no art. 216 da Constituição brasileira.
- 21 O Estado socioambiental de Direito apresenta, de acordo com Canotilho (2006, p. 23-25), as dimensões integradas da juridicidade, da democracia, da sociabilidade e da sustentabilidade ambiental, que se traduzem em, pelo menos, duas dimensões jurídico-políticas relevantes: deveres do Estado, em cooperação com outros Estados e com os cidadãos ou grupos da sociedade civil, pautados pela exigência de sustentabilidade; e os deveres de adoção de comportamentos, públicos e privados, amigos do ambiente, dando expressão completa à assunção da responsabilidade perante as futuras gerações sem descuidar da necessária partilha de responsabilidade entre todos os atores para consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente. Por isso, a responsabilidade pela preservação de um patamar ecológico mínimo deve ser atribuída tanto na forma de deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fundamentais das pessoas, às gerações humanas presentes, conforme destacado por Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 130-132).
- 22 Expressão da solidariedade política, social, econômica e ecológica, enquanto valor e bem constitucional legitimador de compreensões e restrições em face dos demais direitos fundamentais.

Desse modo, Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 75-76) apontam para uma dupla perspectiva, subjetiva e objetiva, do direito-dever fundamental ao ambiente, simultaneamente como direito subjetivo, do indivíduo e da coletividade, e como valor comunitário, pois além das posições jurídicas subjetivas, há a perspectiva objetiva que revela um complexo de projeções normativas, tais como os deveres fundamentais, os deveres de proteção estatal e as perspectivas procedimentais e organizacionais, a formar um sistema normativo integrado e multidimensional de tutela e promoção do direito fundamental ao ambiente (mínimo existencial socioambiental), tendo como objetivo a máxima efetividade, a exigir uma participação mais ativa da sociedade.

Considerando essa dimensão intergeracional, há uma íntima relação entre direito e dever fundamentais, consubstanciada no princípio do desenvolvimento sustentável, na medida em que tal comando constitucional impulsiona, para além do direito individual e coletivo de viver e desenvolver-se em um ambiente ecologicamente equilibrado, a ideia de responsabilidade e dever das gerações humanas presentes em preservar e garantir condições ambientais favoráveis para o desenvolvimento adequado da vida das futuras gerações (MILARÉ, 2015, p. 63-65).

Essa noção de justiça ambiental deve reforçar a relação entre direitos e deveres socioambientais, objetivando uma redistribuição de bens capaz de assegurar um mínimo de isonomia entre os Estados e as populações, contexto em que o Direito Ambiental apresenta forte componente (re)distributivo, considerando que a consagração do meio ambiente como bem comum de todos se harmoniza com a noção de um acesso universal e igualitário ao desfrute de uma qualidade de vida compatível com o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, o que encontra justificação no princípio (e dever) constitucional de solidariedade, que impõe uma maior carga de responsabilidade no que diz com as ações e omissões das pessoas que, de alguma forma, possam comprometer o equilíbrio ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 155 e 238).

Mas para que o objetivo de justiça socioambiental não seja apenas um compromisso retórico, necessário que seja assegurada a efetivação plena dos direitos fundamentais, bem como a exigência do cumprimento dos deveres fundamentais em prol de sua efetiva proteção, pois a institucionalização dos deveres de proteção e defesa do ambiente têm importante estratégia de gestão do risco para assegurar um futuro mais solidário e promissor para as futuras gerações²³, para que a tutela do meio ambiente reencontre o seu

23 Noutro vértice, a valorização excessiva do antropocentrismo levou à compreensão

adequado fundamento no dever fundamental de solidariedade, religando os seres humanos à teia da vida. A proteção do ambiente é um dever fundamental que exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza e implica o *munus* imposto a todos de participar ativamente das decisões e dos encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado (BODNAR, 2012, p. 232-260).

Cuida-se, pois, de um dever (humano) de respeito ao meio ambiente que, a partir da Conferência de Estocolmo²⁴, vive uma escalada na consciência coletiva global de que as questões ambientais merecem atenção prioritária para o desenvolvimento social e econômico sustentável, mas não apenas aos Estados compete a preservação do meio ambiente equilibrado, pois às pessoas compete, em uma relação cooperativa, a observância de políticas de preservação.

Os deveres fundamentais (coletivos) de *defesa e preservação* de um meio ambiente saudável, com destaque para a previsão da cabeça do art. 225 da Constituição brasileira, decodifica-se em um conjunto diversificado e heterogêneo de posições jurídicas, traduzindo-se num dever geral objetivo de proteção e um correlato leque de deveres específicos, com destaque para os deveres de precaução e prevenção, sustentabilidade e poluidor-pagador²⁵, haja vista que tais deveres podem se apresentar sob diversas formas, tanto defensivos ou negativos, como

do meio ambiente apenas como um direito fundamental, uma ética individualista e egoísta na relação entre os seres humanos e a natureza

- 24 Apenas para destacar alguns trechos ilustrativos: Preâmbulo, item 7. Para se chegar a esta meta será necessário que cidadãos e comunidades, empresas e instituições, em todos os planos, aceitem as responsabilidades que possuem e que todos eles participem equitativamente, nesse esforço comum. Homens de toda condição e organizações de diferentes tipos plasmarão o meio ambiente do futuro, integrando seus próprios valores e a soma de suas atividades. Princípio 4. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestre e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Princípio 19. É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoria do meio ambiente em toda sua dimensão humana (ONU, 1972).
- 25 A Constituição brasileira impõe aos particulares um conjunto de encargos a partir de um dever geral de não degradar e dos deveres derivados de caráter específico elencados no art. 225, § 1º, ainda que nem sempre ostentam a mesma titularidade, como o dever de informar, que pode recair tanto ao Poder Público como ao empreendedor.

prestacionais ou positivos, ou, ainda, mistos²⁶, bem como vinculam juridicamente os particulares no sentido de exigir-lhes tanto a adoção de medidas prestacionais necessárias à salvaguarda do equilíbrio ecológico, como na hipótese de medidas voltadas à conservação do patrimônio ambiental ou à reparação de um dano ambiental causado, quanto de medidas negativas, como no caso de impedir a realização de determinada atividade que, mesmo potencialmente, possa acarretar dano ambiental, assumindo diversas formas²⁷.

A legislação ambiental infraconstitucional é pródiga em mecanismos procedimentais para oportunizar a mais ampla participação popular²⁸, como a previsão de realização de audiências públicas, o direito de petição direta aos órgãos ambientais, consentimento prévio informado de populações atingidas e a participação da sociedade civil na composição de órgãos colegiados ambientais. Há diplomas que se dirigem aos particulares, desde questões gerais, como a parcela de responsabilidade perante mudanças climáticas (Lei nº 12.187/2009), mais próximo da ideia de verdadeiros *deveres humanos* (*Menschenpflichten*), até questões bem objetivas e específicas, quase corriqueiras, como o dever de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos (Lei nº

-
- 26 Por exemplo, o mesmo princípio da precaução, que exige, em regra, um reforçado conteúdo defensivo geral ou especial – a exemplo da obrigação de não fazer em períodos de defeso –, a depender da atividade a ser desenvolvida – quanto à exigência do estudo prévio de impacto ambiental, ao qual se deverá dar publicidade, bem como à inversão do ônus da prova, obrigando ao potencial poluidor a prestar informações, a denotar que o dever de informação ambiental também se aplica aos particulares – se apresenta com nítido conteúdo prestacional.
- 27 A título ilustrativo: dever de prevenção e precaução do dano ambiental, dever de informação ambiental, dever de defender o ambiente, dever de reparar o dano ambiental, dever de participação política em questões ambientais (perspectiva democrático-participativa), dever de consumo sustentável, dever de uso sustentável dos recursos naturais etc.
- 28 Não há apenas direito de participação, mas um verdadeiro dever fundamental de participação pública na proteção ambiental, tanto pelo prisma individual como coletivo (organizações não-governamentais, movimentos sociais), como um dever inerente à condição político-jurídica de cidadão, pois, de outro lado, a passividade e a inércia política dos cidadãos, quando confrontados com uma situação concreta de lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente, contrariam o regime jurídico-constitucional de proteção ambiental. A eficácia social da legislação ambiental brasileira, em grande medida, depende do protagonismo da sociedade civil, incluindo-se a atuação individual de cada pessoa, a exemplo do dever de comunicação às autoridades competentes das práticas lesivas ao ambiente que chegam a seu conhecimento.

12.305/2010)²⁹. Mas apesar da previsão de sancionamentos em legislação esparsa sobre temas específicos, o legislador ordinário brasileiro editou uma lei geral para tratar dos crimes ambientais, a Lei nº 9.605, que previu, em seu art. 2º, ampla destinação aos submetidos à legislação no polo passivo, consagrando a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁰, bem como uma série de sanções administrativas aos sujeitos passivos de infrações ambientais.

O dever de proteção ao ambiente, em virtude da complexidade de seu conteúdo, impõe às pessoas comportamentos positivos, seja através de prestação de fato (fazer) ou de uma prestação de coisa (dar) e também comportamentos negativos, como abstenção de fazer algo contra a natureza, o que exprime a ideia de uma dupla função, de prestação e de abstenção. Portanto, os deveres ambientais são não-autônomos e relacionados ao direito de usufruir de um ambiente sadio e equilibrado, associados a valores ou interesses comunitários, relacionado à categoria dos direitos fundamentais de solidariedade (MEDEIROS, 2004, p. 93).

A partir dos três eixos de princípios fundamentais ambientais ecológicos³¹, Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 289) afirmam que tais deveres extrapolam a responsabilidade do ser humano para com os seus contemporâneos situados no espaço territorial de sua comunidade, abarcando também as pessoas de outros Estados, as futuras gerações, bem como as demais espécies naturais e a Natureza em si. Desenvolvem os autores, assim, os desdobramentos em (i) deveres fundamentais de proteção do ambiente para com as pessoas da mesma geração e comunidade estatal (deveres fundamentais de proteção do ambiente propriamente ditos); (ii) deveres fundamentais de proteção do ambiente de cunho transnacional (em relação a pessoas situadas noutros Estados) ou deveres humanos, em uma perspectiva internacional; (iii) deveres fundamentais de proteção do ambiente para com as futuras gerações; e (iv) deveres fundamentais de proteção do ambiente para com os animais não humanos e a Natureza como um todo.

Tem-se, assim, que os deveres de proteção ambiental se projetam para as gerações que ainda virão a existir e integrar a comunidade humana

29 O que envolve, por exemplo, a coleta seletiva de lixo, reutilização, reciclagem, consumo sustentável, logística reversa de produtos específicos etc.

30 No Brasil, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica tem assento constitucional e é expressão do dever fundamental dirigido às pessoas, também nas relações privadas, de preservação ambiental, aplicando-se as sanções, no que couber.

31 Leia-se: (i) princípio da solidariedade (justiça intrageracional); (ii) princípio do respeito ao ambiente não humano (justiça interespecies); e (iii) princípio da responsabilidade para com as futuras gerações (justiça intergeracional).

noutro momento histórico, razão por que o dever de preservação da qualidade ambiental e de consumo sustentável dos recursos naturais adquire a feição de justiça intergeracional, por razões de solidariedade entre gerações humanas e responsabilidade para com o futuro³². Desse modo, o próprio princípio (e dever) constitucional da precaução reforça a ideia de uma nova ética para o agir humano, contemplando a responsabilidade do ser humano para além da dimensão temporal presente e revelando o elo existencial e a interdependência entre as gerações humanas, presentes e futuras³³ – precaução e responsabilidade caminham juntos, num contexto em que a solidariedade e a noção de deveres fundamentais assumem cada vez maior centralidade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 47).

Deve-se reforçar, portanto, a ideia de responsabilidade e de dever jurídico para com as gerações humanas vindouras e o reconhecimento da dignidade de tais vidas, ainda que potenciais, de modo a afirmar o valor da perpetuidade da vida humana. As futuras gerações são consideradas como categoria jurídica detentora de vulnerabilidade, haja vista que seus interesses (e não direitos) somente podem ser resguardados e reivindicados por terceiros, o que reforça, ainda mais, a esfera dos deveres fundamentais dirigidos às gerações viventes³⁴. Nessa dimensão intergeracional, o princípio (e dever) da solidariedade aponta para um complexo de responsabilidades e deveres em referência ao Outro, que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente, no futuro, em que pese a herança negativa em termos ambientais legada pelas gerações pretéri-

32 Justamente pelo caráter transnacional do meio ambiente e dos seus possíveis danos é que é possível conceber a existência de deveres humanos, considerada a perspectiva internacional dos direitos-deveres de solidariedade dirigidos às pessoas para a salvaguarda do patrimônio comum da humanidade – todos os deveres de preservação recaem sobre as gerações presentes, que têm a responsabilidade de deixar como legado às gerações futuras (expectativa de direitos) condições ambientais idênticas ou melhores do que aquelas recebidas das gerações passadas.

33 Da ética da responsabilidade deve-se migrar para a esfera jurídica dos deveres constitucionais, de modo a limitar a própria autonomia da vontade e os demais direitos fundamentais do ser humano, quando tal se fizer necessário para assegurar o desfrute de uma vida digna e saudável para as gerações presentes e futuras.

34 É o que também Ost (1999, p. 48-40) trata como pontes existenciais entre gerações humanas, pois a proteção ambiental revela o risco da destemporalização, ou seja, a admitir-se que comportamentos contemporâneos repercute negativamente nas condições de vida de gerações futuras, com a degradação e poluição aumentando de forma cumulativa, cabendo ao Direito sincronizar os ritmos diferentes, regulando responsabilidades e deveres para com os seres ainda virtuais, colocados em relação aos contemporâneos numa situação de dependência radical e total assimetria.

tas.

Em raciocínio similar se insere o tema dos deveres fundamentais para com as formas de vida não humana e para com a Natureza em si, que com Nabais (2015, p. 53-54) tem-se que representam um conjunto de deveres indiretos para com a humanidade, exigências necessárias a um equilibrado e adequado ambiente natural imprescindível à preservação da vida (digna de ser vivida) da espécie humana³⁵. Não se considera os outros seres vivos como titulares de direitos subjetivos nem de uma dignidade (humana) demasiadamente elastecida, mas a existência de deveres fundamentais de tutela dessas vidas, por parte das pessoas, como irradiação da sua dignidade humana. Pode-se reconhecer o valor de todas as formas de vida, mas não é exato falar-se em dignidade humana estendida para outras formas de vida, pois passa a ser outra categoria de compreensão.

Detentores de dignidade humana são todos os seres vivos e categorias jurídicas geradas a partir do homem, desde o ainda não concebido até para além de sua morte, desde o respeito ao cadáver e à memória dos falecidos até os compromissos com a humanidade também das gerações futuras (STARCK, 2013, p. 199-224), de modo que os maus tratos a outros seres vivos afetam a dignidade em sua dimensão objetiva e compartilhada por toda a humanidade, e não pelos outros seres vivos³⁶. O reconhecimento do valor de outras formas de vida atinge a própria dignidade humana, objetivamente considerada, tais como no crime de maus tratos a animais, em que a tutela jurídica se volta reflexamente à dignidade humana *em si*, uma tutela jurídico-objetiva da vida não humana, expressa em deveres, situações em que a própria comunidade humana vislumbra, em determinadas condutas, um conteúdo de indignidade, algo que nenhum ser humano deve praticar.

O direito ambiental é antropocêntrico porque o Direito é antropocêntrico, uma construção humana, construída por humanos e voltada

35 Ao contrário do que sustentam, por exemplo Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 59-61), que reconhecem uma dignidade própria de outros elementos bióticos e abióticos, trata-se de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade humana da qual decorrem direitos e deveres fundamentais em prol de um mínimo existencial ecológico ou ambiental.

36 Em que pese a crescente literatura em torno da atribuição de direitos a outros seres vivos, as normas jurídicas (feitas por homens para homens) que disciplinam a proteção especial à fauna e à flora, bem como os demais recursos naturais, revelam que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas um conteúdo de indignidade e atentatórias ao macrobem jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

a tratar de comportamentos humanos. Os atos de degradação ambiental, da fauna e da flora, bem como que exponham animais a crueldades atentam contra a dignidade humana, portanto, tidos como *cruéis* apenas se praticados por humanos e aos olhos de outros humanos. Um trauma ou amputação de um animal causado por outro animal não o será, pois a noção de crueldade é humana, apenas.

Não se trata, porém, de um antropocentrismo clássico de matriz cartesiana, de rígida separação entre sujeito (ser humano) e objeto (Natureza), de caráter instrumental e dicotômico, mas um antropocentrismo jurídico alargado, com o reconhecimento do valor intrínseco a outras formas de vida e da Natureza em si. Nessa ótica, a proteção dos valores e bens jurídicos ecológicos imporá restrições aos próprios direitos e aos comportamentos dos seres humanos, a ponto de caracterizar também deveres, considerando o regime jurídico-constitucional de direito-dever fundamental, não apenas para proteger outros seres humanos, mas a afirmar valores e proteger bens jurídicos que transcendem a órbita humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 48-49).

A adoção de tal perspectiva, ou seja, a não atribuição de direitos a seres não humanos, no entanto, não significa uma postura menos protetiva aos bens jurídicos ambientais, objetivamente. Ao revés, o tratamento dessas questões sob a ótica e a gramática dos deveres fundamentais mostra-se mais adequada e com maior densidade normativa para exigir comportamentos concretos das pessoas, físicas e jurídicas, do que, noutra vértice, a atribuição de direitos, com todas as dificuldades inerentes à não titularização e pretensão direta.

A longa História do Planeta independe da presença dos seres humanos. Todos os grandes problemas ambientais que preocupam as pessoas, toda a ideia de sustentabilidade é para a manutenção da vida humana neste Planeta (e sua qualidade em níveis minimamente satisfatórios), e não para o Planeta em si, que já vivenciou chuvas de meteoros, bombardeios de gases pesados e, como organismo vivo, se regenera e se recompõe (Teoria de Gaia) – o que as pessoas devem se preocupar é com sua própria existência e sua qualidade de vida, pois o Planeta vive e viverá bem sem seres humanos sobre sua crosta terrestre (LOVELOCK, 2006).

Seguindo a trilha do reconhecimento dos deveres fundamentais em matéria ambiental, Medeiros (2004, p. 123), rechaça a aparente simetria entre direitos e deveres, uma vez que se baseia no reconhecimento recíproco de sujeitos potencialmente livres e iguais como necessidade conceitual e determina o *status* dos deveres frente aos animais assimetricamente insti-

tuídos, pois os animais não têm direitos frente aos homens, mas os homens têm deveres frente aos animais e, sob tal perspectiva, os deveres hão de ser de tão maior peso quanto maior for a sensibilidade dos animais.

Sob exame técnico-jurídico, não há possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir posições subjetivas aos animais, na linha de Asís Roíg (1991, p. 118), pois o que há são deveres dos seres humanos em face dos animais, tendo como justificativa unicamente o interesse humano ou da humanidade, pois o Direito é um fenômeno da cultura, que regula relações entre seres livres e responsáveis que, por isso, devem ter consciência dos seus deveres de preservação do meio ambiente, razão pela qual os direitos subjetivos seriam atribuíveis somente às pessoas, cabendo à Natureza uma tutela de dimensão objetiva – ou, com mais propriedade, Gomes (2007, p. 15 et seq.), que defende que o Direito Ambiental não projeta direitos subjetivos, mas somente deveres fundamentais, com quem se concorda³⁷.

O critério é sempre a dignidade humana que se projeta sobre tais comportamentos e, assim, a morte de um animal silvestre ou ameaçado de extinção afeta o equilíbrio ecológico que interessa à espécie humana, bem como causa repulsa a morte de algumas espécies mais caras às pessoas, coletivamente consideradas, por aspectos culturais.

É preciso, pois, deixar de pensar a relação com o meio ambiente apenas sob os termos de direitos subjetivos, pois a crise ecológica exige (re)pensar responsabilidades coletivas no uso de bens comuns fundamentais para a sobrevivência das presentes e futuras gerações.

CONCLUSÃO

É lugar-comum afirmar ser dever do Estado concretizar os direitos fundamentais das pessoas, mas a questão que se enfrenta aqui é a afirma-

37 Admitindo-se a hipótese contrária, a possibilidade de se atribuir direitos subjetivos aos animais, indaga-se: a quais animais? A todos ou apenas àqueles mais próximos aos seres humanos? Tome-se o primeiro, mais básico e elementar dos direitos, o direito à vida, como exemplo. Há de se garantir o direito à vida de todos os animais ou apenas a alguns. Qual seria o critério para se negar o direito à vida? Aos padrões sociais (ocidentais) de hoje, há repulsa à morte de cães, gatos, tartarugas e baleias, por exemplo – embora em muitas culturas ou em determinadas épocas fossem aceitas e incentivadas. Noutro vértice, por que não seriam assegurados os mesmos direitos a ovelhas, frangos e peixes? Suas vidas são menos dignas que as das outras espécies?

ção, à primeira vista paradoxal, de que os deveres fundamentais exigidos das pessoas revertem em uma maior concretização dos direitos de todos.

Nesse sentido, propõe-se a pensar a liberdade com responsabilidade e a igualdade na distribuição dos encargos, imprescindíveis para o funcionamento de toda a sociedade politicamente organizada, em uma relação de equilíbrio entre direitos e deveres como normas jusfundamentais.

É justamente pelo déficit de realização dos direitos fundamentais nas vidas das pessoas que se trabalha com os deveres fundamentais, não como categoria antagonista à dos direitos fundamentais, mas relacionada de tal modo que se mostra capaz de contribuir para alcançar um patamar de maior eficácia social.

Todos nós, indistintamente, estamos submetidos às normas jusfundamentais que veiculam deveres, de modo que o conhecimento acerca de seus conteúdos, alcances e limites permite um maior controle sobre sua aplicação e, assim, paradoxalmente, ao lado dos direitos, contribuem para um maior controle e delimitação do âmbito legítimo de incidência do poder político, sob uma perspectiva diferente.

Não se pretende, em substituição à *Era dos direitos*, instituir uma *Era de deveres*, mas apenas chama-se a atenção para as debilidades e insuficiências dessa construção exclusivista, que teve sua importância histórica, mas que precisa avançar rumo a um sistema equilibrado de normas jusfundamentais.

Esse outro olhar sobre o fenômeno jurídico, com as lentes de uma outra categoria, enriquece o léxico, o vocabulário, o repertório do jurista, é a razão de ser e o objetivo geral deste trabalho, tendo como foco, a partir da apresentação geral do tema, a tutela do ambiente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição da República portuguesa de 1976*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ASÍS ROIG, Rafael de. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991

BANDIERI, Luís María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdez. *Doxa*, Alicante, n. 3, p. 35-54, 1986.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da Justiça ambiental. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, n. 125, p. 232-235, mar. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm>. Acesso em: 9 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONE, Carmelo. *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*. Milano: Dott. A. Giuffré, 1968.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales: sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, ano 5, n. 28, p. 278-310, Jul./Dic. 2011.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamenta-

ción. *Doxa*, Alicante, n. 3, p. 17-33, 1986.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo de deveres de proteção do meio ambiente*. 2007. Dissertação de doutoramento. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2007.

HOFMANN, Hasso. Grundpflichten und grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V: Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992.

ITÁLIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana de 1947*. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. Tradução de Valentina Faggiani. *ReDC*, [S.l.], ano 7, n. 13, p. 67-81, Enero/Junio 2010.

LAPORTA, Francisco J. Algunos problemas de los deberes positivos generales: observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés. *Doxa*, Alicante, n. 3, p. 55-63, 1986.

LOMBARDI, Giorgio. *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1967.

LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006. p. 8 et seq.

LUCHTERHANDT, Otto. *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland: geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz*. Berlin: Dunker & Humblot, 1988.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana. ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOLINARO, Carlos Alberto. Breves reflexões sobre os deveres fundamentais socioambientais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 989-1025, 2015.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal de direitos humanos*. [S.l.], 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração da Conferência de Estocolmo*. [S.l.], 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/onu-meioambiente/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987.

PREIS, Marco Antônio. *Teoria dos Deveres Fundamentais na Perspectiva Constitucional Brasileira*. 2018. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões. Santo Ângelo, 2018.

ROMANO, Santi. *Doveri, obblighi e poteri, potestà: frammenti di un dizionario giuridico* Milano, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México, 1986.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES*, Natal, v. 1, n. 2, p. 214-225, 2010.

STARCK, Chistian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199-224.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights*. Paris: UNESCO, 1982. v. 1. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

VIOLANTE, Luciano. *Il doveri di avere doveri*. Torino: Giulio Einaudi, 2014.



EL MEDIO AMBIENTE COMO UN DERECHO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

NANCY NELLY GONZÁLEZ SANMIGUEL¹

1 - INTRODUCCIÓN

En este trabajo se presenta el tema de la regulación del medio ambiente como un derecho humano que el Estado debe reconocer para tener una justiciabilidad constitucional. Considerando los impactos que ha tenido la materia a raíz de los tratados internacionales y convenios que los Estados han ratificado, el constitucionalismo se revoluciona hacia una globalización en el que se contempla que los principios como la sanciones en cada Estado no son los mismos, por lo que se deben entender cuáles se deben aplicar de acuerdo a la situación en concreta.

Se analizará que este concepto no es un daño que sufre un gobernado en particular, sino todos los que habitamos en este planeta, pues son los daños por situaciones que se comenten a raíz de actividades económicas industriales para la obtención de la riqueza y no en ellas, por lo que no se considera el daño que se está provocando a nuestra casa.

El objetivo de este trabajo de investigación es manifestar que como parte de la sociedad se requiere una justicia hacia el medio ambiente y una forma de que esto se haga realidad es por medio de incentivos o sanciones pecuniarias por hacer actos o hechos que dañen al medio ambiente.

Así mismo se busca demostrar el cambio que ha sufrido el medio ambiente y la limitación que se cuenta para la regulación de la materia y cómo se debe concebir en nuestro tiempo el Estado de derecho democrático con respecto a la actividad industrial y tecnológica referente al medio ambiente. Para ello se utilizó el método analítico ya que se realizó una exhaustiva búsqueda de información para después comparar y establecer los puntos más relevantes.

1 Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Doctora en Derecho. Correo: nancygonsa09@hotmail.com

2 - LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La jurisdicción es el derecho que tiene el Estado para determinar dentro de un proceso judicial la trascendencia jurídica de un proceso, ya sea por medio del poder judicial o por medio del arbitraje para dirimir casos concretos con el uso de la aplicación de la norma jurídica.

Por medio de la actividad jurisdiccional se complementa la función del Estado, es decir: “a) el objeto, representado por la concreta actuación del derecho objetivo con el fin de tutelar derechos e interés específicos y b) el complejo de los órganos que la realizan” (SCJN, 2006, p. 130). De esta manera es como se ejerce la protección de nuestros derechos.

La jurisdicción constitucional en México se concibe como el derecho del Estado para tutelar, regular y ejercer el control de la supremacía constitucional, tener un orden máximo de la protección del ordenamiento legal. En nuestro país le corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación tener este poder, y por ende realizar interpretaciones de la sentencia que defina el derecho que le corresponde una situación de interés dentro de un proceso de normatividad jurídica que se le ha denominado jurisprudencia y al mismo tiempo ejercer el control de solucionar controversias en casos específicos. Nuestro control constitucional se observa de la corriente de los Estados Unidos de América en el cual las leyes garantes están constituidas dentro de sus Constitución, pero el nosotros se basa en una actividad tutelar de las normas jurídicas.

En México, la jurisdicción constitucional tiene como objetivo principal tutelar los derechos humanos, siendo la manera como se imparte la justicia dentro de esta nación, debido a la división de los poderes. Desde una perspectiva Constitucional actual acerca de los poderes, se puede considerar el aspecto de la economía y la protección que otorga a los ciudadanos.

El progreso de la justicia constitucional abarca una ampliación de la esfera de los derechos que se han concebido, planteando diversas inquietudes que se perciben en la actualidad, la tendencia es:

hacia un constitucionalismo social agregado al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado añadido al derecho público; hacia un constitucionalismo de los bienes fundamentales junto al de los derechos fundamentales; hacia un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional además del estatal (FERRAJOLI, 2018, p. 27).

Teniendo la pauta que es por un movimiento estructurado como se van consiguiendo este tipo de derechos, se van estructurando estas categorías de normas jurídicas a través de la unión de la fuerza que se pide para redimir ciertos derechos que no se conciben y darles a estos un carácter universal y una protección, contando así con un fundamento que los legitimen.

La justicia constitucional actual tiene la visión de concebir al derecho con la razón de los actos que se viven dentro una sociedad para tener una satisfacción, se percatan aquellas regulaciones que están contenidas dentro los pactos, tendiente a estructurar a la justicia social dentro de un estado social burocrático que concibe otorgar las prestaciones sociales como:

una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos; y que por eso los gastos sociales, posibles merced a una imposición fiscal realmente progresiva, no deben concebirse como un coste pasivo en los presupuestos estatales, sino como la forma de inversión pública seguramente más productiva (FERRAJOLI, 2018, p. 33).

Se estima que el gasto referente a la partida de lo social ayuda a colaborar en que se nos brinden los derechos fundamentales que debemos recibir. La globalización ha introducido la noción del constitucionalismo global que mira hacia la predisposición de constituir organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el G20. Con esta visión se ha perdido la forma de concebir el poder con base en el Estado nacional, ya que se han introducido nuevas maneras de proceder en la toma de decisiones desde una perspectiva global.

El estado supranacional se maneja como un crisis constitucional debido a que el Derecho no se concibe de una manera Estatal, sino que se contempla dentro de las esferas internacionales, las políticas públicas han introducido límites y vínculos de interacciones del poder en relación directa de los ciudadanos, concibiendo como un derecho que incumbe a todos los seres que vivimos dentro de este planeta, sobre todo el tema de medio ambiental ya que esta cuestión puede surgir en un lugar que a su vez puede perjudicar a otra área que no fue directamente afectada, por eso en la justicia constitucional se tendrá que establecer las garantías como un ordenamiento que satisfaga los lineamientos del equilibrio ecológico y no que sea de una manera de buenas intenciones.

El cambio de paradigma de lo nacional por lo internacional es debido a la interconexión que se ha presentado por un crecimiento desigual, aparejado a ciertas consecuencias que no se han podido contemplar adecuadamente para darles una regulación constitucional a los derechos hu-

manos como verdaderos derechos universales, ya que esto puede derivar en situaciones complejas que generen una decadencia de la democracia.

Las instituciones cambian y se tienen que visualizar nuevas técnicas legislativas, instituciones que amparen estos derechos y a su vez generen en la esfera de poder acerca de cómo se conciben las facultades de estos; sin embargo a la vez se debe tener en cuenta que las mismas se generan a través de los Estados, ya que en este momento sería muy complicado mantener una legislación unitaria para todo el planeta, por la tanto esta legitimación del poder para los derechos sociales se tendrán que conseguir con la concepción de los Estados tradicionales.

3 - CONSTITUCIONALISMOS Y POSITIVISMO

Se han establecido diversos debates acerca de los límites que se observan dentro del positivismo jurídico y la confrontación con la Constitución; se puede observar dentro de los estudios de Giovanni Sartori acerca de las constituciones que se promulgaron en Europa después de los acontecimientos derivados de las guerras mundiales que estos influyeron a que se incluyeran los principios relacionados con valores y se comenzara a generar una normativa ilustrativa hacia el derecho de gentes que se ha positivizando como derechos propios del ser humano.

En las constituciones se implementaron estas modificaciones debido a la falta de efectividad dentro de las comunidades. Con esto se buscaba contrarrestar el poder que ejercía la Administración, este proceso se dio como un cambio de la estructuración del Estado de Derecho mirando hacia una perspectiva en que se proclame la justicia dentro de las normas jurídicas y que se señale el contexto de las razones de la estigmatización de la soberanía con respecto al rol del Estado y el Derecho.

Es por ello que dentro de la norma jurídica se han incorporado diversos tipos de valores, ya que la ley es la voluntad del pueblo que por medio del proceso de la creación de la misma se legitima, pues sólo a través de la legitimidad se tiene la capacidad de hacerla cumplir.

Se concibe que el constitucionalismo representa:

un fenómeno cultural y político propio del mundo moderno que hace efectivos los postulados de la filosofía ilustrada y liberal; de otro, el positivismo expresa una cierta forma de aproximarse al conocimiento del Derecho o también una cierta manera de concebir el propio Derecho (Prieto Sanchís, 2018, p. 21).

Se considera que el positivismo es la técnica de la aplicación del Derecho que se observa mediante las normas jurídicas, es la organización de las mismas, mientras que el constitucionalismo es la razón del ser del Derecho a través del propio estudio de la Constitución y las cuestiones políticas que afectan en a la población.

Esta forma de constitucionalización se basa en el acceso de los derechos básicos para todos los ciudadanos, ya sean las comunidades que son minoría o mayoría dentro de un país, se busca que se extienda el Estado a Derecho a toda la sociedad, esto representa un cambio en el que se pasa de la positivización al constitucionalismo que promete recabar los reclamos de la sociedad para que sean leyes más efectivas y con mayor eficacia y con esto se retribuye la nueva visión de la formación de las normas jurídicas tendiente a contemplar dentro de las Constituciones.

4 - JUSTICIA Y DEMOCRACIA

La filosofía de Rawls considera que la solución de conflictos se basa en la manifestación de la comunidad para determinar soluciones a situaciones que se presentan dentro de la misma a través de la participación por el titular de ese derecho quien además tiene una capacidad para discernir el bien que constituye la norma adecuada a la necesidad.

Sabiendo que la norma que legitima y estructura el sistema jurídico por medio de la Constitución y en la actualidad se contemplan dentro de la misma los Tratados Internacionales, son el marco de las regulaciones normativas que buscan establecer el bienestar en general y tratar temas acerca del medio ambiente como una prioridad, que las mismas han cambiado en los últimos años debido a las consecuencias de la actividad del ser humano y siendo “los principios jurídicos, por el contrario, además de servir para interpretar normas también pueden alcanzar ‘proyección normativa’ tanto por obra del legislador como del juez” (ARAGON, 1989, P. 93).

El derecho se concibe con base en las costumbres que se van suscitando en la vida diaria dentro de las comunidades, pero hasta que se crean dentro del proceso legislativo es cuando tiene eficacia para la implementación de esa norma jurídica, ahora bien en el campo del medio ambiente se puede constatar que dentro de las misma se tuvieron que adecuar preceptos para que se hagan válidos para los habitantes dentro de cualquier región, la importancia aquí es saber cómo manejar esa normas para la protección de este tema.

Para concebir esto se necesita una integración dentro de los marcos internacionales que sopesa la importancia de este tema, ya que con este cambio se pretende tener una justicia constitucional con base en los mecanismos que refuerzan lo establecido dentro del ordenamiento obteniendo el cumplimiento y el control de la regulación de esta materia.

Para obtener el cambio se deben analizar “los carriles que más se ha transitado, en orden a lograr detectar los criterios distintivos entre aquellos modos de indicar y mandar conductas jurídicas, es el análisis de la estructura lógico-lingüístico o formal” (VIGO, p. 67), por lo tanto se constituye en normas que deben tomarse la importancia de las conductas que se deben regular para obtener mandatos facticos que sean aceptados por los habitantes, que los mismos cumplan y se conviertan en el fin de establecer una norma jurídica.

Las normas jurídicas conciben que exista una relación sistemática de orden en el cual imperan las máximas normas dentro de los Tratados Internacionales, Pactos o en la Constituciones, que esta tenga el poder de ejercer los lineamientos para el control de las materias a regular y a su vez esto se estructura por medio de ordenamientos secundarios.

5 - NORMAS JURÍDICAS AMBIENTALES EN RELACIÓN CON MÉXICO

El concepto de supremacía dentro de nuestro sistema jurídico se entiende como ese poder de las normas que van regulando este tipo de cuestiones para la protección del ambiente.

Dentro de nuestra Constitución versan artículos que dan el fundamento para la protección del ambiente, podemos citar el artículo 27 que señala la conservación de los recursos naturales dentro de su párrafo tercero; así como el artículo 73 en el que se establece el concepto de contaminación y del cual se desprenden los elementos para realizar una Gestión Ambiental para la prevención y control de esta, se encuentra integrado también el artículo 25 que manifiesta que tanto el sector social y privado tendrán que cuidar el uso de los recursos productivos que se utilizan dentro de sus actividades.

La visión con los temas relacionado en esta materia han variados conforme pasan los años y se ven las consecuencias de las acciones de la actividad industrial, es decir ahora se tiene el enfoque de que las consecuencias de la contaminación pueden presentarse no de manera inmediata, sino puede tener consecuencia a través de los años y algo que se hace

dentro de un territorio puede provocar un problema en otra comunidad, ahí estriba la importancia de comprender los daños de los factores que afectan el medio ambiente, se ha cambiado el enfoque hacia el cuidado de los recursos naturales, para ello en México se creó la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental.

El ámbito de Competencia dentro de la Constitución se otorgó a raíz de la reforma de 1971 a la Federación en el manejo del tema de la prevención de la contaminación, pero es a través de la modificación de 1983 que la misma se restringió dando también potestad a los Estados para poder tener el control dentro de esta materia.

Es así como dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consagran diferentes conceptos de derechos como lo son: a un medio ambiente adecuado; a la protección a la salud; al desarrollo sustentable.

También existen algunos principios consagrados propiamente dentro de esta normatividad constitucional que son: la conservación de los recursos naturales o áreas protegidas, las diferentes modalidades que se constituyen dentro de la actividad industrial; el de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

6 - DIVISIÓN DE PODER EN MÉXICO EN MATERIA AMBIENTAL

La estructura de la división del poder que se contempla en México es debido a la conformación de los Estados libres y soberanos en su interior pero unidos por una Federación, es así que México cuenta con una Constitución Federal que señala dicha división para una mejor forma de dividir al poder, es por eso que en materia ambiental en México le corresponde limitar las facultades tanto de la Federación como de los Estados, dentro del artículo 124 Constitucional se señala que aquellas facultades que no están propiamente determinadas para la Federación entonces le corresponde a los Estados.

A través de las reformas constitucionales referentes a la materia ambiental torna quitar el poder a la Federación modificando al artículo 73 Constitucional para establecer la concurrencia tanto de la Federación como de los Estados en lo referente a la protección ambiental y al equilibrio ecológico —tanto a su preservación como su restauración—, ya que desde el aspecto de gestión ambiental se considera que esta temática se aborda mejor desde las regiones, por lo que su competencia más direc-

ta es el municipio y después de ella el estado, pues para solucionar los conflictos de cada ecosistema es más viable que el gobierno que está más cerca a dicha comunidad conozca los pormenores de la situación.

Es decir con el tema de legislación ambiental es conveniente contar con las facultades de los estados para legislar acerca de este y a su vez contar con una política ambiental nacional, en el que las dos normas jurídicas —tanto la nacional como la estatal—, sean compatibles y que no se obstaculicen, ya que es más factible solucionar desde el marco de la competencia estatal y de aquí se establezcan las normas a nivel federal para tener una gestión adecuada del medio ambiente.

7 - MUNICIPIOS EN ÁMBITO AMBIENTAL

Los municipios tienen un agror dentro de nuestra vida jurídica pero debido a las reformas actualmente cuentan con una autonomía que se les reconoce y, que en lo referente al tema que en este trabajo se trata, pueden realizar asuntos sobre la gestión ambiental, ya sea en la participación de la creación normas jurídicas de este tema o ejecutando actos para cumplimiento de la misma.

Hemos de recordar que los municipios tienen dentro de sus facultades lo que se enmarca en el artículo 115 fracción V que estipula lo siguiente:

Los Municipios, en los términos de las leyes federales y Estatales relativas, estarán facultados para: a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; b) Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; c) Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los Estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios; d) Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales; e) Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; f) Otorgar licencias y permisos para construcciones; g) Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia; h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; e i) Cele-

brar convenios para la administración y custodia de las zonas federales (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

8 - INSTRUMENTOS ECONÓMICOS AMBIENTALES

Una de las medidas para la regulación del ambiente y así evitar que sigan los agentes que producen contaminación, es la de prever por medio de aplicación de instrumentos económicos, ya sean por medio de sanciones económicas y así se puede evitar que siga con esta práctica. Dentro de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, en el artículo 22 establece que:

los mecanismos normativos y administrativos de carácter fiscal, financiero o de mercado, mediante los cuales las personas asumen los beneficios y costos ambientales que generen sus actividades económicas, incentivándolas a realizar acciones que favorezcan el ambiente.

Se implementa como una forma de coadyuvar para la restauración y prevención del medio ambiente.

Con una perspectiva de justicia constitucional se implementa el concepto de la globalización que impacta a los sistemas jurídicos, modificado la manera de contemplar la justicia y la concepción del Derecho en un conjunto universal. En México sigue constituyéndose como algo fundamental la Constitución Política, siendo una garantía de respetar nuestros derechos, constituyendo un Estado de Derecho y en caso de que exista una situación adversa para cumplirla, el respeto hacia nuestros derechos es por medio de la jurisdicción, que entra para defender lo atacado, así el juez constituye una tarea muy especial de dirimir las controversias, pero a raíz de la apertura de un sistema de control difuso se consideran que todos los jueces son competentes para resolver controversia presentada.

Es fundamental la Justicia Constitucional que

no sólo cuando existe una Constitución como norma verdaderamente posible o cuando existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derechos contenido en un sistema jurídico determinado (CAMPBELL, 2003, p. 262).

Esa norma máxima que nos gobierna o contempla, determina qué debe constituir los valores máximos para que se tomen como base de las demás normas jurídicas.

Lo más importante de este tema con respecto al medio ambiente es velar por la dignidad humana y los derechos humanos frente a la ley, ya que ambos deben estar amparados bajo una tutela normativa para tener eficacia y en caso de que no se cumplan, someterlo por medio de la justicia constitucional. Estos postulados considera Luigi Ferrajoli, son lo más importante del derecho contemporáneo al girar hacia la concepción del ser humano y ver los elementos necesarios para cuidar su integridad como persona y su relación con el medio ambiente, que es lugar donde habitamos.

El Derecho se concibe como una ciencia, por eso se determina a la razón, que se constituyen con base en el límite del poder que es creado por el mismo Derecho, surgiendo de las relaciones que se viven dentro una sociedad.

La concepción del Estado Moderno se contempla sobre la base de quién tiene el poder, llegando a establecer Montesquieu un concepto de una racionalidad del poder que lo tendría el mandatario que en este caso sería el Rey, con el tiempo se fue cambiando esta ideología para determinar la soberanía que se contempla en un primer momento como nacional, y que se modificaría por la popular en la que el pueblo es quien la ejerce, este principio parte de la idea de Rousseau, y en él se determina que la justicia constitucional debe estar contenida dentro ya sea de la forma de régimen de Gobierno que adopte el Estado o por medio de un Congreso o de un Parlamento.

Creando con esto la construcción teórica de la justicia constitucional como lo determina Peces-Barba que establece que la misma “tiene tres funciones; una función de seguridad, una de justicia y una de legitimidad”. Percibiendo a la seguridad con respecto al proceso de cumplimiento de las normas, de ahí la importancia de la separación de poderes, continuando las normas de los procedimientos a seguir, las reglas de las instituciones.

Con respecto a la justicia se conciben los principios y los valores que se deben contemplar dentro de las normas jurídicas. A lo que se refiere la legitimidad es a aquello que lo autentifica para realizar esas facultades tanto a las autoridades como a las personas, instituyendo qué podemos hacer dentro de la sociedad y quiénes pueden realizarla y quién está facultado para llevarlos a cabo.

9 - LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

El conocimiento del medio ambiente se basa “en cuestionamientos sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia, y que permite la construcción y comunicación de “Saberes” que ponen en tela de juicio las estrategias del poder y los efectos de dominación” (CAMORA LARA, 2010, p. 3).

Se puede visualizar la importancia de la conferencia que se realizó en Estocolmo que se tornó hacia la importancia del medio ambiente, sobre todo en aquellos países que son industrializados, porque por primera vez a nivel mundial se tocó este tema tan preocupante, dando con esto la partida de un derecho regulado al medio ambiente en la “Declaración de Estocolmo” en el año 1972 que fue aprobada, y que introdujo una agenda en el marco de lo que se debería considerar como una política a nivel internacional para el cuidado, desarrollo y reforestación del medio ambiente. Lo que se procuró con ello fue el desarrollo de una adecuada planificación de los recursos y medio ambiente, así como la modificación de las formas de las actividades para lograr un cambio y con ello evitar la contaminación. Ahora bien, se consideraron 26 principios y se obtuvieron 103 recomendaciones para evitar el daño ecológico, se establecieron definiciones tales como: Medio ambiente; que se entiende por sociedad y desarrollo, entre otras.

En 1984 se crea la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se funda dentro de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas con el objetivo de obtener la cooperación internacional sobre este tema y aplicar las políticas con base en el compromiso tenido de estos países, planteando el concepto de desarrollo sostenible. Además se propusieron analizar al medio ambiente desde la perspectiva económica, social y ambiental, considerando la problemática de los países no desarrollados para poder ayudar dentro de su crecimiento económico y no afectar con estas medidas.

En el año 1992 en Río de Janeiro se llevó a cabo la reunión y se dividieron en cuatro partes principales que son:

- 1.- Las dimensiones socioeconómicas, es decir todos aquellos que se determinan los factores demográficos y los factores de producción.
- 2.- Conservación y manejo de los recursos
- 3.- La implementación de la sociedad como medida fehaciente de ayudar al Estado
- 4.-y por último las formas de ejecución de cómo se establecerían el financiamiento.

De aquí surgieron la Agenda 21 y dos Convenios internacionales que son sobre el Cambio Climático y Sobre la Diversidad Biológica.

En México se vio la necesidad de tomar una mayor importancia en este tema con la entrada del Tratado de Libre Comercio de América, logrando establecer un capítulo que trata acerca del Acuerdo de Cooperación Ambiental, el cual contiene las normatividades para contemplar los aspectos referentes a las consecuencias en la falta de aplicación de leyes y reglamentos ambientales.

El comercio ha cambiado la forma de cómo se percibe los materiales u objetos como valores comerciales, es decir de aquellos recursos que son naturales y que se encuentran en el medio ambiente, mismos que se pueden desvalorar debido a la cantidad existente de estos y la importancia dentro del mercado.

Se constituye al agua como un líquido vital para los seres humanos, este nos sirve como un objeto de intercambio, es decir no tiene un valor de cambio, pero si es un líquido de vital importancia que se debe concebir como un derecho que debemos percibir todos, sin embargo no es de esta manera.

Estos bienes comunes hay que cuidarlos como derechos atribuibles a nosotros, ya que son bienes fundamentales para nuestra existencia, como son todos aquellos relacionados con el medio ambiente, es decir aquello que conforman los ecosistemas, aunque estos bienes no se puedan considerar como derechos sociales.

Sobre los bienes comunes se necesita planear su distribución y pensar las consecuencias a futuro de un inadecuado aprovechamiento de estos, así como del espacio geográfico y del cómo se va a afectar al mismo.

Vivimos en una generación en que nos afecta los cambios de la revolución industrial y nos toca ahora vivir la revolución tecnológica, si no hemos podido enfrentar los daños que han sido causados por la industrialización y no hemos reparados estos, no sé qué nos espera con este cambio de utilización de tecnología dentro del planeta.

Ahora bien, hemos provocado la guerra, se han vivido holocaustos en los primeros años del siglo XX, se utilizaron ciertos tipos de armamentos que destruyeron varios ecosistemas, no se analizaron los efectos secundarios que han provocado, y aun así parece que esto no ha sido la razón de voltear y ver cuál es el daño que se ha producido y qué hemos hecho para provocar el cambio climático que estamos viviendo, una solución es la realización de tratados y convenios entre varios países para respetar al medio ambiente y con esto lo que se pretende es no caer en una situación igual o peor a las ya efectuadas en contra de nuestro ecosistemas.

¿Cuáles son los efectos de la firma de los tratados? ¿Se han constituido un mejoramiento en el equilibrio ecológico? Seguimos utilizando de manera incorrecta los recursos naturales y no hemos adquirido conciencia del daño que estamos provocando, de no fomentar un cambio entre todos nosotros que ayude a mantener el equilibrio ecológico puede llegar la catástrofe ecológica que “es en gran medida irremediable, y quizá ya no estemos a tiempo de extraer de ella las debidas lecciones”, es decir, tenemos que dar ese cambio de hábitos y sobre todo en la manera de producción de los materiales para nuestro consumo, debido a que en la actualidad todo se produce para utilizarse de manera inmediata y no para que tenga una duración mayor.

La problemática que se ha presentado dentro del medio ambiente se da a raíz del desarrollo de las actividades que hemos ejecutado durante un periodo largo de tiempo, debido a que no se han preocupado por las consecuencias ambientales, ahora que está latente el problema que tenemos se tiene que mirar para solucionar, podemos externar varios factores que son las causas de estas consecuencias pero lo principal lo constituye el egoísmo del ser humano, por realizar actividades tendientes a deforestar y desproteger al medio ambiente.

A causa de esta preocupación, se somete la idea de lograr un desarrollo sustentable pero basta ver si es la solución del conflicto, esta idea surge durante la Conferencia de Estocolmo en la cual se desarrolló la línea de investigación del ecodesarrollo que miraba soluciones para las actividades que se estaban realizando y con ello dar una universalidad de derecho en el área ambiental, buscando alternativas para satisfacer las necesidades y no dañar al ecosistema.

Se concientizó del daño provocado por las actividades industriales, tanto a través de un programa global para el cambio que emitió la Asamblea General de las Naciones Unidas, como por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde se estableció esta idea de un desarrollo sostenible. En el informe de Brundtland, ya no se debía ver hacia la preocupación económica sino hacia el daño ambiental, ya que este rubro nos afecta a todos y los efectos puede tardarse mucho tiempo en reflejarse en nuestro planeta.

La protección del ambiente no se abarca dentro de los principios de la economía social que consiste en generar riqueza para que el hombre pudiera tener uso de la propiedad, sin considerar que esas actividades generarían daños irreparables a nuestro planeta por una falta de equilibrio entre las actividades económicas y ambientales, “la protección del medio

ambiente fue una preocupación que se expresó, en el campo jurídico, a través de la protección de cada uno de los elementos ambientales que se consideraron más relevantes” (BRÑES, 2018, p. 40). Dando con esto el inicio de la formación de los ordenamientos jurídicos que señalan los elementos para constituir un comportamiento adecuado con el medio ambiente y se ven reflejadas a través de lo que ahora conocemos como las leyes marcos, reglamentarias y orgánicas del medio ambiente.

Dicho lo anterior, se puede señalar que el derecho ambiental es:

el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos (BRÑES, 2018, p. 54).

En la conferencia que se realizó en Río Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, nombrada la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se siguieron los protocolos determinados dentro de la declaración de Estocolmo, dando importancia a las actividades que se realizan en los Estados miembros, su preocupación es tener un desarrollo global a la par del desarrollo económico y la sustentabilidad ambiental.

Lo que se pretendió con esta reunión en Río de Janeiro es conscientizar del daño que nos está ocasionado y desarrollar los objetivos específicos que ayuden el fortalecimiento de los Estados, juntos con los grupos sociales para una integridad de la Tierra, por tal motivo dentro de sus principios número 2 señala:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Declaración de Río).

Se externa dentro del principio 4 lo siguiente: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma

aislada” (Declaración de Rio). Esto es una inquietud que hasta la fecha no se ha podido consolidar, esa unión que se ha necesitado no se ha logrado obtener; ni se han preocupado en fijarse los daños tan irreversible que estábamos provocando al planeta, por eso esta necesidad de escribir acerca del tema para poder regular los lineamientos que se deben seguir para la protección del medio ambiente, por medio de este congreso y que se contemplen dentro de los tratados y que tenga peso para hacer cumplir al mismo.

El ambiente se ha constreñido en un problema que afecta a nuestra estabilidad dentro del planeta, por ese motivo como una responsabilidad y obligación tanto del Estado y de la sociedad, se gira a contemplar las especificaciones de los derechos humanos referentes a la propiedad privada para establecer las limitaciones o restricciones para proteger al medio ambiente, ya que esto sería una de las cuestiones fundamentales para nuestra sobrevivencia.

Se ha tornado de gran importancia los temas referentes a ciertas actividades que anteriormente no se habían considerado como principales tales como el problema de los desechos o residuos peligrosos, sustancias peligrosas, minería, el problema de las fábricas, mismos que ya tienen una regulación para este tipo de actividades y proteger al medio ambiente.

La importancia de la regulación de las normas ambientales y su relación con las actividades de desarrollo, está cambiando la forma de cómo realizar dichas acciones pero no son suficiente para remediar el daño que se ha provocado por años, aunado que ahora no está afectando otro tipo de actividades que como seres humanos estamos haciendo que es el uso e implementación de la tecnología y de cuyo uso no hemos vistos los efectos que pueda causar al medio ambiente.

10 - POLÍTICAS PARA UN EFICIENTE LEGISLACIÓN AMBIENTAL

El sistema jurídico que México refiere a la protección del medio ambiente se visualiza de una manera federal y este a su vez otorga facultades al campo de los estados y municipios, dividiendo los temas de manera sectorial, sin considerarlo como un conjunto.

Es pertinente la importancia de contar con la legislación en el rubro ambiental que tiene México en relación a los problemas que se están enfrentando, de aquí que la legislación siendo la principal fuente para la aplicación de las normas, se debe proponer objetivos que ataquen a los problemas que tenemos para que sea eficaz dicha norma, siendo que México tenga una política ambiental adecuada y se establezcan reglas ju-

rídicas que contengan el valor de la importancia del daño al ambiente. Dentro de este proceso primero se tendrá que reeducar a la sociedad para realizar ciertas actividades y además contemplar sanciones económicas que se determinen por la falta de cumplimiento de dicha normatividad, va mejorar en la política ambiental pero aún falta un marco jurídico que genere una política integral ambiental.

Al momento que dicha legislación torne en sanciones económicas con base en el daño que la sociedad sufre por las conductas que provocan un daño ambiental, va a tener importancia el cumplimiento de esta norma jurídica, puesto que:

Al cambio ambiental le son aplicables las consideraciones que pueden formularse respecto de cualquier cambio social. Todo cambio social supone una modificación del modo de integración de una sociedad. Lo mismo sucede con el cambio ambiental, en tanto ese modo de integración es el que determina la relación sociedad-naturaleza, es decir, la manera como la sociedad media la naturaleza y, además, los efectos sociales de esa mediación (Manual de Derecho Ambiental).

Con esto se puede comprender cómo se debe tomar la consideración para hacer una política legislativa referente al medio ambiente y respecto a la materia del desarrollo económico que le corresponda al Estado, el deber de implementar las medidas necesarias para una gestión ambiental correspondiente y así alcanzar un desarrollo sustentable.

10.1 - PROTECCIÓN DE LA POLÍTICA AMBIENTAL

Una manera que se ha concebido para implementar estas medidas es por medio de instrumentos económicos que ayuden al Estado a cambiar las conductas que dañan al medio ambiente e incentivar aquellas que protegen, preserva o restauran el daño ecológico. Dentro de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la protección al medio ambiente se hace una clasificación de estas, determinado según el carácter de las mismas, ya sean de naturaleza fiscales, de mercado o financieros, se maneja que se puede contemplar por medio de:

Políticas por precio de las materias primas e insumos que se utilizan dentro de la actividad; Gravamen, tarifa, contribuciones, subvenciones de carácter fiscal o ya sean también estímulos fiscales, estos con-

tribuyen a los ingresos directos de las personas; Pueden ser también otros instrumentos económicos como seguros, fondos de protección, derechos de uso de propiedad; leyes que regulan la responsabilidad civil o penal por encuadrar dentro de una situación jurídica regulada en el área ambiental (QUINTANA VALTIERA, 2013, p. 139).

Estos instrumentos se implementan para frenar las actividades económicas y evitar el deterioro de los recursos naturales, siendo esto una manera de lograr el buen uso de estos y tener un adecuado uso de dichos recursos.

Este tipo de instrumentos económicos se establecen para conservar al medio ambiente y no con fines recaudatorios, sino para mitigar el daño causado por las actividades industriales, tecnológicas que realizamos y es una manera de poder tener un control por parte del Estado.

Dentro de la tutela de la justicia constitucional se observa que a través de diferentes normas jurídicas se pretende tener un ordenamiento que tiene por objetivo el alcanzar un protección al medio ambiente, considerando el daño ya causado, por ese motivo se procura la restauración, protección, preservación del tema con la finalidad de brindar un desarrollo integral al ser humano y que así se establezcan las políticas ambientales necesarias y con ellas, los instrumentos que se necesitan para su aplicación, externando que no solo es una actividad del Estado, sino es una responsabilidad que compete a todas las personas que habitamos el planeta.

Para esto se ha inclinado hacia la vía de medidas de coacción, mismas que ejercen medidas de control que garanticen la protección y, en caso de que no se cumplan, se impondrán sanciones que pueden ir desde la económico hasta consecuencias penales.

En materia Ambiental se le otorga la facultad a la Secretaría de realizar actos de inspección y de vigilancia, dando los requisitos que deben hacerse en dichas actas, siendo un acto administrativo, a su vez esto deberá concluir con un acta que señale todos los hechos u omisiones que se pudieran constatar dentro de dicha visita, así como el interesado podrá asentar lo que quiera externar y una vez que la autoridad ordenadora determine las consecuencias que se observaron dentro de esa acta y dar oportunidad con quien se realizó dicha visita en un plazo de quince días a dar lo que su derecho convenga y en la resolución contendrá las sanciones correspondientes por los hechos o actos que van en contra de la norma, así como las medidas para corregir la situación que afecta o las irregulares que se observan, dando un plazo al infractor de dichas conductas para solventarlas.

La autoridad ha tenido que realizar diversas conductas como medidas de prevención, de esta manera se ha fomentado el uso de bicicletas o vías colectivas para transportarte, restauración como reparación de lo afectado en el medio ambiente, así como también la protección a través de normas que contengan acciones como inspección y vigilancia, además de las contenidas en tratados internacionales. Se han incorporado dentro del medio ambiente aquellos que son considerados como delitos ambientales.

Dentro del marco ambiental se abarcan varias normas jurídicas en el ámbito internacional, en la actualidad contamos con: la conferencia de Estocolmo, la Declaración Río de la cual se desprende la Agenda 21, y el Convenio sobre la Biodiversidad y de aquí se obtiene el Protocolo de Cartagena. En el ámbito nacional se cuenta con la regulación ambiental dentro de la Constitución que establece la competencia a la Federación y esta al Estado y a su vez al Municipio, tiene un régimen jurídico del ambiente que se encuentra leyes tales como: Ley General de Asentamiento Humanos, Ley General de vida Silvestre, Ley de Aguas Nacionales, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentables, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos. Dentro de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se externa que la protección al ambiente es aquella que cuida todo lo referente a la atmosfera, el agua y los recursos hídricos, suelo que no se realiza la contaminación, establece la política ambiental que incluye instrumentos de carácter ecológico, económico y financieros, los cuales se complementan con aquellos contenidos en el Reglamento de dicha Ley.

La regulación de las Normas oficiales como 052, emitida el 23 de junio de 2006 en el Diario Oficial de la Federación, contempla las características de los residuos peligrosos, la lista de estos, así como el nivel de toxicidad en el ambiente que puedan causar. De esta manera los residuos peligrosos “se han diversificado en la medida que se modifican o presentan nuevos procesos de extracción, transformación, producción, uso y tratamiento” (Diario Oficial de la Federación), dando un cambio a la norma anterior para tener una especificación de las nuevas consideraciones acerca de los residuos peligrosos.

Partiendo de la consideración en la que “la actuación humana viola o no el derecho al medio ambiente adecuado es ver sus consecuencias desde la hipótesis de que todos los seres humanos hubiesen realizado el mismo uso de la biosfera” (Loperena Rota, 2008), se da a entender que las diferencias del uso del medio ambiente son tan grandes y diferentes en los países, sin embargo, todos nos debemos preocupar y no solo unos

cuantos, puesto que es responsabilidad de todos el cuidar los procesos de la transformación de los recursos naturales.

La sustentabilidad del medio ambiente se establece por medio de un ordenamiento jurídico, el cual debe ser efectivo para garantizar el derecho de todos a tener el medio ambiente y a la vez determinar el crecimiento económico que no afecte a la sustentabilidad de los recursos ambientales, modificar la satisfacción de la sociedad y concientizar que es un derecho fundamental de todos el gozar de un buen entorno ecológico. De esta forma:

La aplicación efectiva de la legislación ambiental implica la obligación de establecer las sanciones adecuadas, es decir, asegurar que las infracciones de la legislación se castiguen conforme a condiciones, tanto procesales como sustantivas y que, en cualquier caso, peritan que la sanción sea efectiva, proporcional y disuasiva (CARMONA LARA, 2010, P. 18).

El medio ambiente “desempeña un papel importante en la vida de la persona, a grado tal que le es indispensable. Sin un medio ambiente sano no se puede vivir (CORZO SOSA, 2010, p. 163), por tal motivo el objeto del derecho en esta ocasión condiciona fuertemente al derecho que lo regula, todos estamos vinculados al medio ambiente, si queremos vivir debemos de contribuir a mejorar la manera de proteger al medio ambiente y mantenerlo sano para que podamos desarrollarnos. La naturaleza del derecho a vivir en un medio ambiente sano es la de ser un derecho humano de cooperación, por lo tanto el titular del derecho es múltiple.

Para conseguir un equilibrio ecológico se debe realizar una planeación del desarrollo hacia las características del medio ambiente y hacer compatible este con el crecimiento económico y no afectar al medio ambiente

Desde la característica de las entidades municipales en México se observa la gran importancia en este tema debido a que debe tener dentro en su estructura orgánica la implementación de planes y programas para realizar la planeación, control, evaluación y desarrollo del medio ambiente y estar conectado a nivel estatal y federal para realizar los programas destinado al mismo.

El municipio es el competente para tomar las decisiones de su crecimiento, de cómo se va a desarrollar su territorio, así como los aprovechamientos que debe realizar de los recursos naturales y con esto se pretenden tener una coordinación de las acciones que se establecen a nivel nacional en el tema referente al Medio ambiente. En el artículo 115 señala que el

Municipio podrá intervenir en la protección de su entorno natural.

A través de este nivel de gobierno se podrán realizar varios reglamentos y leyes que prevengan las acciones para no afectar al medio ambiente, recordando que “cada persona tiene una multitud de deseos que anhela satisfacer. Como dice el refrán, cada quien desea poco menos que la tierra entera. Pero mientras que los seres humanos son muchos, en cambio, solamente hay una tierra” (RECASENS SICHES, 1991, p. 226).

11 - LA PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LOS DERECHOS AMBIENTALES

Se puede observar que para exigir la justiciabilidad se tiene que acudir a los tribunales administrativos para poder ejercer dicha tutela, aun así, no son especializados en el área ambiental. En México aun y cuando contamos con la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, dependencia a la que le corresponde como parte del Estado que se cumplan las disposiciones que están contenidas dentro de la ley y pueda sancionar y coaccionar, sin embargo, dicha función se limita a la parte de la Administración, dejando de lado el caso de que un particular o el Estado, haya sido afectado en un daño ecológico y tengamos que ir a pedir justicia. Es aquí donde un gran problema se presenta, ¿serán los Tribunales Administrativos adecuados para determinar las consecuencias de las acciones?, ¿en cuánto tiempo se puede solicitar acción?, debido a que en esta materia el daño tarda más de 5 años en causar efectos, se conducirá la acción de la prescripción, manifestando la problemáticas que se deben resolver para que esta materia tenga una verdadera justicia y se responsabilicen las personas que efectuó actividades que dañen al medio ambiente.

Lo más importante es lograr tener una conciencia social en el aspecto ambiental y tener una cultura del daño que provocamos con nuestras actividades y modificar estas acciones y motivar el cambio para el equilibrio ecológico.

Esto se logra por medio de la educación que es la mejor manera de tener una cultura y un respeto, pero se necesita saber qué es lo que afecta para determinar y no proteger ciertas funciones o actividades que dañen al medio ambiente es decir “la investigación y educación ecológicas, incluida la capacitación son instrumentos de la más alta importancia para aplicar la política ambiental y, en general, para el desarrollo sosten-

table en cualquier parte de mundo” (MARISCAL URETA, 2017, p. 194). Con esto se generaría un cambio de visión de protección al ambiente y se lograr respetar al medio ambiente.

12 - TRIBUTACIÓN AMBIENTAL

La legislación ambiental y la justicia en torno a este tema es constituir un objetivo de considerar como un bien común que forma parte de la colectividad y se trata de un bien público, por lo tanto la imputabilidad en este caso se considera que puede ser hacia el Estado persona o ya sea Estado colectividad, es decir puede ser un grupo social que requiera que se garantice este concepto para poder conservar y proteger al medio ambiente.

Para lograr establecer esto se puede ser por medio de los instrumentos económicos que nos referimos anteriormente y tener las siguientes consecuencias:

1. Una educación que consista en campañas que fomenten el cuidado y el bienestar del medio ambiente y así promover el cambio social.
2. Sanción coercitiva que implica desde una simple amonestación hasta una pena pecuniaria por la falta que se cometió en deterioro o mal uso de los recursos ambientales.
3. Pena privativa de libertad en caso de conductas nocivas que afecte al medio ambiente.

La justicia constitucional ambiental puede constituir en la creación de normas jurídicas que amparen los supuestos jurídicos de los actos o hechos jurídicos que dañen al medio ambiente o se exterioricen hechos que se cometen en contra del mismo, creando con esto una serie de medidas fiscales para tener el bienestar ambiental.

Las contribuciones giran en torno al tema de la capacidad económica de los sujetos y se determina con base en el gasto público que se necesita para la creación de una contribución, se constituye una política ambiental que su fin es la regulación de esta materia y no permitir más deterioro de los recursos ambientales, ya que el daño no la sufre un individuo en particular sino que se afecta a una colectividad y esta colectividad afecta al planeta siendo una reacción de un mal comportamiento, lo que se busca es aminorar esta práctica o lograr inhibir ciertas conductas que tenemos como colectividad o por medio del proceso de la industrialización, por eso se consideran las condiciones para sancionar o para estimular cuando se encuentren dentro un supuesto jurídico.

Se pretende que el Estado tenga las herramientas para llegar al fin de proteger al medio ambiente, señalando el principio de precaución que “postula la eliminación de riesgos inminentes y, debido al previo deterioro de las condiciones ambientales existente, no puede retrasarse su aplicación por incertidumbre cuando lo que se pretende de evitar lo irremediable” (RÍOS GRANADOS, 2007, p. 69). Con esto las contribuciones que se manejen al respecto de su finalidad será la protección al medio ambiente y obtener ingresos para sufragar el gasto público.

Las contribuciones ambientales no tienen propiamente un fin recaudatorio, su objetivo es concientizar el daño que estamos haciendo al medio ambiente, siendo deber de las legislaturas tanto federales como estatales la creación de instrumentos económicos que ayuden a tener un cambio social y lograr la protección al medio ambiente.

Actualmente se cuenta con el Impuesto que va dirigido a los Combustibles Fósiles y a los Plaguicidas, recordando que con esto no se quiere gravar a esa actividad, la funcionalidad es permitir el cambio desde la perspectiva del Estado a participar dentro de este cambio, no quiere aumentar el proceso de este campo, sino cambiar para una mayor viabilidad en el entorno ecológico y fomentar el desarrollo hacia nuevas eficiencias energéticas o utilización de productos que no dañen al medio.

13 - CONCLUSIÓN

Las normas jurídicas constituye los elementos fundamentales para respetar y regular el comportamiento de los hombres dentro de la sociedad, el motivo más importante en el campo ambiental es la de concientizar del daño que estamos provocando y por eso la necesidad de establecer un cambio de conducta y coadyuvar como sociedad al Estado para restaurar al medio ambiente.

Una medida de solución es a través de los instrumentos económicos ambientales que su fin no son es recaudatorio sino se establecen con el objetivo de tener un equilibrio y no afectar a los recursos naturales ni al medio ambiente, esto es para evitar una catástrofe ecológica y que aprendamos a valorar los medios que la naturaleza nos proporciona.

14 - BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, M. **Constitución y democracia**. Madrid: Tecnos. 1989.

BRAÑES, Raúl. **Manual de derecho ambiental mexicano**. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, Fondo de Cultura Económica. México. 2018.

CARMONA LARA, María del Carmen, **Derechos Humanos y Medio ambiente**. Universidad Autónoma de México. México. 2010.

FERRAJOLI Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. España. 2018.

CORZO SOSA, Edgar **Derecho al medio ambiente adecuado**. Universidad Autónoma de México. México. 2010.

PECES-BARBA, Gregorio **Nota sobre la justicia Constitucional desde la Filosofía del Derecho**.

LOPERENA ROTA, Demetrio, **Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección**, Centro Informático Científico de Andalucía. 2008. www.cia.es/aliens/gimadus/loperena.

MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, **Protección Ambiental y Participación Ciudadana. Retos del Derecho Convencional**. Ediciones Nueva Jurídica, Colombia. 2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. Palestra. Perú. 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Elementos de Derecho procesal Constitucional**. México. 2006.

RECASENS SICHES Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Porrúa. México. 1991.

CAMPELL, C. La justicia constitucional en **Revista de Derecho**. Vol. XIV, JULIO 2003

QUINTANA VALTIERA, Jesús. **Derecho Ambiental Mexicano**. Porrúa. México. 2013.

RÍOS GRANADOS Gabriela. **Tributación ambiental: la contribución por gas-to**. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>. Consultado en marzo de 2019.

MÉXICO. **Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente**. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgeepa.htm>. Consultado en marzo de 2019.

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA LA PAZ ESTABLE Y DURADERA¹

JAIME ALFONSO CUBIDES CÁRDENAS²
WALTER GERARDO VALENCIA JIMÉNEZ³

INTRODUCCIÓN

“Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones sino para la especie humana”

Corte Constitucional T 622 de 2016

La promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 trajo con sí un giro para el país. La carta cambió la forma en la que se miraba a nuestro alrededor, el hombre se convirtió en centro del Estado y no el Estado el centro del hombre. Es así, que el *hombre* es el centro del Estado y la constitución cumple una función para su protec-

- 1 Capítulo resultado del proyecto de investigación: “Medidas estatales para la Paz Colombiana: El rol del Ejército Nacional en escenarios de pos-acuerdo y justicia transicional”, que hace parte de la línea de investigación: “Teoría del Derecho y Administración de Justicia” del grupo de investigación “Grupo Interdisciplinario de Estudios sobre Religión, Sociedad y Política (GIERSP)”, reconocido y categorizado en (A) por COLCIENCIAS registrado con el código COL0046166 vinculado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, adscrito y financiado por la Universidad de San Buenaventura, sede Bogotá. Investigación en colaboración con la Escuela Superior de Guerra.
- 2 Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Investigador Senior reconocido por COLCIENCIAS. Contacto: jaimecubides@gmail.com.
- 3 Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (UNAULA), Magister en derecho de UNIANDES, y Magister en Educación de la misma universidad; especialista en derecho administrativo de UNAULA. Estudiante de Doctorado en Derecho Privado en la línea de investigación de Derecho de Daños de la Universidad de Salamanca. Contacto: walgerval@gmail.com - wvalencia@usbog.edu.co

ción. Esta es una postura antropológicamente⁴ dominante que surgió con las primeras interpretaciones de la Constitución y que se ha modificado a través de los años.

La lectura que se da hoy a la Constitución se aleja de esa postura y entiende el lugar que ocupa el hombre no como centro del mundo, sino como parte de él. Entender, aunque sea de forma prematura, esta premisa permite comprender los cambios a la interpretación de la Constitución y las repercusiones en su mismo articulado.

La constitución de 1991 introdujo el ambiente como un aspecto transversal. El constituyente reconoció la importancia del ambiente en el marco normativo constitucional, lo enunció como un derecho colectivo, pues en un primer momento fue comprendido como aquellas condiciones para preservar la vida humana entendiendo al hombre como centro del mundo. Posteriormente, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional se comprendió el ambiente, no solo como las condiciones para preservar la vida humana; sino para preservar la vida de todos los organismos vivos con los que el hombre comparte el mundo, es decir, el hombre como parte del mundo y no como su señor y dueño.

Este cambio de concepción de la constitución, de antropocéntrica a biocéntrica, permitió comprender el ambiente, no como un derecho colectivo sino; como un derecho fundamental. Sin embargo, para llegar a esta conclusión se debió realizar un amplio desarrollo constitucional, dado que fue a través de las interpretaciones de la Corte Constitucional que se permitió llegar a este cambio.

Dicho cambio de interpretación del ambiente permitió también comprender el ambiente desde otra mirada⁵. Esta modificación de interpretación es el objetivo inicial de este artículo en el que se propone examinar las medidas judiciales que lleven consigo una conveniente seguridad jurídica en todo el ordenamiento colombiano al igual que exponer los argumentos que permiten entender al ambiente como un derecho fundamental, a su vez, presentar algunos cambios generados en los mecanismos de protección constitucional.

El problema de investigación del proyecto que dio lugar al presente texto se resume en la siguiente pregunta problémica: ¿Cuáles son las medidas Administrativas, Legislativas y Judiciales que el Estado colombiano Implementa correlacionando escenarios de Justicia Transicio-

4 Con ello no se quiere decir que se desconoce el enfoque antropocéntrico, la visión biocéntrica y el enfoque ecocéntrico que pueda darse a la constitución.

5 Escobar, *Sentipensar con la tierra: nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*.

nal y Reparación Integral? De aquí se distinguen las medidas judiciales y se analizan específicamente las medidas para la protección del medio ambiente en contextos de transición como el que en el momento atraviesa Colombia por esta razón el tema del texto se circunscribe al tema justicia constitucional y derecho al medio ambiente.

Como diseño metodológico se parte desde un enfoque cualitativo⁶, como método fue utilizado el análisis de caso⁷ –Caso colombiano– desde la perspectiva del profesor Uwe Flick; cabe señalar que como técnicas fueron útiles el análisis documental⁸ y el análisis jurisprudencial⁹ los instrumentos adecuados fueron el fichaje bibliográfico y la construcción de líneas jurisprudenciales¹⁰.

En el presente artículo se encontrará primero lo relacionado con el medio ambiente tanto, en el marco constitucional colombiano, como el análisis jurisprudencial sobre el mismo. En segundo lugar, se expondrán los mecanismos idóneos de protección del medio ambiente y por último su relevancia en contextos de post-acuerdos.

DEL MEDIO AMBIENTE

En el presente apartado se pretende identificar al medio ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el ordenamiento constitucional. De igual forma, se identificarán los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los argumentos que llevan al reconocimiento del ambiente como derecho fundamental.

En Colombia la preocupación por la protección del ambiente ha cobrado relevancia en el ámbito legislativo, sin embargo, no es objeto de este trabajo exponer todas aquellas normas relacionadas con este tema¹¹.

6 Flick, *El Diseño de investigación cualitativa*.

7 Yin, *Case Study Research and Applications: Design and Methods*.

8 Jurado Rojas, *Técnicas de investigación documental: APA, MLA y ML: manual para la elaboración de tesis, monografías, ensayos e informes académicos*.

9 López Medina, *El Derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*.

10 López Medina.

11 Por ejemplo: Ley 93 de 1993 (por medio la cual se crea el Ministerio de Medio

Pues, es pertinente centrar la discusión que se ha suscitado a partir de interpretaciones constitucionales.

Es entonces, pertinente iniciar con la identificación del ambiente en marco de la Constitución Política de Colombia. Pues, el constituyente creo un capítulo denominado *de los derechos colectivos y del ambiente*. Dentro de este capítulo se encuentra contemplado el artículo 79¹² en donde se incluye el ambiente como derecho de la siguiente forma:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo¹³.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines¹⁴.

El artículo precitado no puede ser interpretado rápidamente. Se debe apelar entonces, a lo dicho por la Corte Constitucional, en torno al ambiente como derecho y sobre la ubicación en la carta política. Para ello,

Ambiente, se ordena al sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental SINA y se dictan otras disposiciones); Decreto 1056 de 1953 por medio del cual se expide el código de petróleos; Decreto 948 de 1955 por medio del cual se reglamentan parcialmente la ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75, y 76 del Decreto-Ley 2811 de 1974, la Ley 9 de 1979, la ley 99 de 1993 en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire; Decreto 1449 por medio el cual se reglamentan parcialmente el inciso 1 del numeral 5 del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 y Decreto-Ley número 2811 de 1974; entre muchas otras.

- 12 Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales (artículo 12); Convenio de Ginebra IV, del 12 de agosto de 1949 (artículo 35, numeral 3; artículo 55); Convenio Marpol, Convenio Internacional para prevenir la contaminación por buques de 1973; Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por contaminación por hidrocarburos de 1969; Convenio Solas, Seguridad de la vida humana en el mar. Con Protocolo de 1978; la conferencia sobre el Medio Ambiente humano en Estocolmo en 1972; constitución de la comisión Mundial del Medio ambiente y Desarrollo en el año 1983 en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de Río de 1992 (cumbre de la tierra); cumbre de Johannesburgo de 2002.
- 13 En el presente artículo no se abordará lo relacionado con la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente. Pues este tema, desborda los fines propuestos inicialmente.
- 14 Simbaqueva Vásquez, *Constitución Política de Colombia / edición Édgar Simbaqueva Vásquez*.

la Sentencia C-401 de 1995 expone este así:

La ubicación del ambiente en esa categoría, resulta particularmente importante, “ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de ‘tercera generación,’ sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer, toda vez que la humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho¹⁵.”

En un primer momento, la Corte Constitucional establece la importancia de la ubicación del derecho al ambiente como un aspecto relevante; recordando que el ambiente es un aspecto de toda la humanidad por lo que debe ser protegido por su interés universal. En este pronunciamiento del año 1995, la Corte reconoce el derecho al ambiente como un derecho de los hombres (de la humanidad). Pese a que parece un aspecto de poca relevancia y evidente, este punto es principal para los cambios que vienen con los pronunciamientos posteriores de la misma corporación. Comprender que el hombre, al que se le reconoce el derecho del ambiente como un derecho suyo, es este mismo; sujeto de protección, el legitimado a utilizar los mecanismos ante las conculcaciones de este derecho.

De igual forma, este artículo a su vez establece el ambiente sano como un derecho que posee las personas. Se debe partir entonces, por definir qué se entiende por la expresión de un **derecho a un ambiente sano**. Es así, que la Corte Constitucional en sentencia T- 257 de 1996 define esta expresión como: “La conservación y protección del ambiente, en cuanto tienden a asegurar la salud y la vida y la disponibilidad y oferta constante de elementos ambientales a las generaciones presentes y futuras, constituyen un cometido esencial del Estado.”¹⁶. Es decir, el *ambiente sano* es aquel en el que se dan las condiciones para asegurar 1) la salud y la vida; 2) la disponibilidad y oferta constante de elementos ambientales. En otras palabras, que estas condiciones permitan una vida digna a los seres que habitan el planeta tal como se anuncia en la Sentencia T-092, 1993: “el hombre necesita para vivir de un entorno agradable y placentero, de las condiciones mínimas propicias para que el cuerpo humano tome de la

15 Corte Constitucional de Colombia, “C-401-95 Corte Constitucional de Colombia”.

16 Corte Constitucional de Colombia, “T-257-96 Corte Constitucional de Colombia”.

naturaleza, el mejor laboratorio procesador de todas las materias orgánicas, las necesarias para su subsistencia”¹⁷.

Ahora bien, el artículo 79, citado anteriormente y el cual es el eje de este primer fragmento, establece de igual forma la obligación de protección¹⁸ a “(...) la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica (...)”¹⁹ por lo que se hace necesario, nuevamente, remitirse a los pronunciamientos de la Corte Constitucional para comprender de fondo este punto. Esta corporación en sus pronunciamientos la denomino, inicialmente, la constitución como constitución ecológica²⁰, posteriormente y ante la interpretación evolutiva de la carta política esta fue denominada constitución ecológica y biodiversidad, este concepto se ha perfeccionado en la sentencia T-622 de 2016:

[la] sintonía con las principales preocupaciones internacionales en materia de protección del ambiente y la biodiversidad, ha reconocido que el derecho fundamental al medio ambiente sano tiene el carácter de interés superior, y de esta forma, lo ha desarrollado ampliamente a través de un importante catálogo de disposiciones -cerca de 30 en total- que consagran una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible, sobre los que se ha edificado el concepto de “Constitución Ecológica”²¹.

Pues, a través de los pronunciamientos de esta Corporación se ha demostrado que el ambiente: 1) se convierte en un derecho fundamental y 2) es abordado de forma amplia por la carta política. Frente al aspecto de derecho fundamental, el estudio de constitucionalidad realizado en sentencia C-595 de 2010, permite evidenciar este aspecto así:

17 Corte Constitucional de Colombia, “T-092-93 Corte Constitucional de Colombia”.

18 En líneas posteriores se abordará todo lo relacionado la obligación constitución impuesta al Estado de protección del ambiente al hombre y a la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica.

19 Simbaqueva Vásquez, *Constitución Política de Colombia / edición Édgar Simbaqueva Vásquez*.

20 Véase como se retoma el concepto de constitución ecológica en los pronunciamientos de la Corte Constitucional ejemplo: Sentencia T-257 de 1996; Sentencia T-046 de 1999; T-760 de 2007; Sentencia T-080 de 2015; Sentencia T-325 de 2017; Sentencia C- 449 de 2015; Sentencia C-048 de 2018;

21 Corte Constitucional de Colombia, “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”.

Pese a que la Carta Política reconoce al ambiente como un derecho colectivo, dada la incidencia que pueden tener los efectos dañinos del ecosistema en la humanidad, la Corte ha sostenido que “el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental, al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas²².”

Las interpretaciones de esta corporación permiten concluir que la condición de fundamental que se le da al derecho del ambiente se da por su conexidad con los derechos a la vida y a la salud de las personas. Esta conexidad expone en la sentencia T-092 de 2013 de la corte Constitución así:

El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad²³.

Pero ¿Cuál es la relación entre la vida, la salud y el medio ambiente que lo convierte en un derecho fundamental?, la Corte en el mismo pronunciamiento expone que:

[La] relación directa del medio ambiente con el derecho a la vida y a la integridad personal, al bienestar y a la salud física y mental por lo que nadie puede gozar de perfecta salud si hay factores exógenos contaminantes que invaden el ambiente y tornan la naturaleza hostil, frente a la presencia humana. Bien en este sentido puede afirmarse que de nada sirven las previsiones humanas para gozar de buena salud si el cuerpo no está apto para recibir los embates y las secuelas de la contaminación que hacen impredecible la existencia del hombre sobre la tierra²⁴.

Ahora bien, en sentencia T-080 del 2015 la misma corporación, expone la importancia del ambiente en ordenamiento constitucional y amplia este derecho no solo por su relevancia para el hombre sino para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta. Su postura la expone así:

22 Corte Constitucional de Colombia, “C-595-10 Corte Constitucional de Colombia”.

23 Corte Constitucional de Colombia, “T-092-13 Corte Constitucional de Colombia”.

24 Corte Constitucional de Colombia.

En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación con los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*.²⁵

En este pronunciamiento es relevante, la Corte reconoce la constitución ecológica explicada en líneas anteriores, en la que el ambiente es un elemento transversal en el ordenamiento constitucional colombiano. Sin embargo, este pronunciamiento amplió las interpretaciones expuestas anteriormente. Pues, en este punto, no solo se reconoce al hombre como sujeto de protección ante violación del derecho del ambiente, sino, reconoce todos aquellos organismos vivos como sujetos de protección ante una violación de este derecho.

En otras palabras, se reconoce a las fuentes hídricas, la biodiversidad, la fauna y flora y todo aquel organismo vivo del planeta como sujeto de protección. Pues, se aparta de la concepción que este “entorno del hombre” son quienes ofrecen las condiciones para perpetuar la humanidad y contempla todo organismo vivo igual al hombre para ser sujeto derecho por el hecho de ser organismos vivientes. Como forma de ilustración se encuentra la sentencia T-622 de 2016, reconocida como la sentencia que le reconoce derechos al Rio Atrato.

En esta oportunidad la Corte Argumenta lo siguiente:

Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado

25 Corte Constitucional de Colombia, “T-080-15 Corte Constitucional de Colombia”.

todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista²⁶.

Esta sentencia no solo exaltable por el reconocimiento de derechos a una fuente hídricas, sino que sus argumentos permiten comprender el por qué todo organismo vivo puede ser sujeto derecho. Se entiende el organismo vivo, al otro, no con un fin utilitarista, sino como igual al hombre, como parte del mundo los cuales son sujetos de protección cuando la vida o la salud de estos se vea afectado.

En resumen, la Constitución Política de Colombia contempla el ambiente como un derecho. Derecho que a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional tomo característica de derecho fundamental por encontrarse en conexidad con la vida y la salud. De igual forma, las interpretaciones de esta Corte permitieron comprender este derecho no solo de los hombres, sino es un derecho de todos los organismos vivos que hacer parte del planeta.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO DEL AMBIENTE

El presente fragmento se centrará en el segundo inciso del artículo 79 de la Constitución Política. Es decir, el presente versará sobre el deber de protección del Estado al medio ambiente. Para ello se expondrán los mecanismos de protección constitucional y se analizarán los pronunciamientos constitucionales entorno a los mismos.

Cómo se mencionó anteriormente, la obligación de protección del Estado al ambiente se encuentra contemplado, inicialmente, en el Artículo 79 inciso segundo de la Constitución Política. Dicho artículo establece lo siguiente: “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica (...)”²⁷. Sin embargo, para referirse a la obligación de protección del ambiente que contempla la constitución no solo se debe remitir al artículo precitado.

En consecuencia, se debe remitir al Artículo 8, el cual establece

26 Corte Constitucional de Colombia, “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”.

27 Simbaqueva Vásquez, *Constitución Política de Colombia / edición Édgar Simbaqueva Vásquez*.

que: “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”²⁸, este artículo se encuentra como uno de los principios fundamentales para el desarrollo de la constitución. Según la Corte en sentencia T-325, 2017: “La protección del ambiente tiene en la Constitución Política de Colombia un carácter de prioridad dentro de los fines del Estado, en razón a su íntima relación con el derecho a la salud y a la vida”²⁹.

De igual forma, El artículo 80 establece que:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas³⁰.

En este artículo no solo se habla de la obligación de protección que, inicialmente está en cabeza del Estado, sino que crea el régimen de responsabilidad y reparación en caso de daño al ambiente.

A pesar de la identificación en el ordenamiento jurídico colombiano de la protección al ambiente, es necesario establecer la necesidad de esta protección. Para ello la Corte Constitucional en sentencia T- 411 de 1992 establece que: la protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, “sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte”³¹.

Hasta este punto no se debe desconectar con lo expuesto en el fragmento anterior, pues la importancia del ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano es la base para entender su protección ante cualquier amenaza o vulneración.

Ahora bien, el constituyente estableció mecanismos de protección ante la vulneración de los derechos. Inicialmente, el Artículo 88 se

28 Simbaqueva Vásquez.

29 Corte Constitucional de Colombia, “T-325-17 Corte Constitucional de Colombia”.

30 Simbaqueva Vásquez, *Constitución Política de Colombia / edición Édgar Simbaqueva Vásquez*.

31 Corte Constitucional de Colombia, “T-411-92 Corte Constitucional de Colombia”.

establece la acción popular como mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos aplicable presuntamente para la protección del ambiente. La Ley 472 de 1998 define las acciones populares como:

(...) los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible³².

La definición dada por el legislador permite concluir que la creación de este mecanismo de protección es un medio procesal para evitar un daño. Es decir, es de carácter preventivo, postura que comparte la Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999:

[L]as acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca³³.

A primera vista, se podría afirmar que el mecanismo adecuado para la protección al derecho del ambiente es la acción popular. Pues este derecho 1) está en constante amenazas como lo recuerda la Corte:

[La] contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc.³⁴.

2. Hace parte de los derechos colectivos y del ambiente. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta. Pues, las amenazas constantes no resultan un carácter fundamental para determinar el mecanismo de protección. Lo que resulta relevante en este caso es la

32 Camargo, *Las acciones populares y de grupo: guía práctica de la Ley 472 de 1998*.

33 Corte Constitucional de Colombia, “C-215-99 Corte Constitucional de Colombia”.

34 Corte Constitucional de Colombia, “T-411-92 Corte Constitucional de Colombia”.

naturaleza del derecho. Pues si bien, el derecho del ambiente se encuentra ubicado en el capítulo tercero (de los derechos colectivos y del ambiente) su naturaleza es de derecho fundamental basados en los argumentos ya expuestos.

Dado que la naturaleza del derecho se modifica da a través de las interpretaciones de la Corte Constitucional, la que eleva el derecho al ambiente a derecho fundamental, por conexidad con la vida y la salud; teniendo como consecuencia que el mecanismo idóneo de protección también se modifique. Es decir, al hablarse entonces, de vulneración o amenaza a un derecho fundamental, ya sea por acción o por omisión de cualquier autoridad pública, el mecanismo de protección pertinente será la tutela, tal como lo establece en el artículo 86³⁵ de la constitución política.

Esta postura genera tensiones en quienes administran justicia en efecto, es el juez quien interpreta la ley teniendo dos opciones: 1) El ambiente como derecho fundamental por conexidad (dado por la corte constitucional) o 2) el ambiente como derecho colectivo (dado por el constituyente). De manera que, la Corte Constitucional se adelanta a los argumentos de los jueces ordinarios donde se pretenda aludir la improcedencia de la tutela como mecanismos de protección del ambiente y nos dice:

Frente al argumento que el medio ambiente no es un derecho fundamental sino un derecho colectivo, la corte expone así en la T 622 de 2016:

[E]l argumento de los jueces de instancia según el cual la tutela no es procedente porque busca proteger derechos colectivos no fundamentales, y que adicionalmente son susceptibles de protección a través de otro medio de defensa judicial, no es de recibo en el presente caso por dos razones principales. (...) en el presente caso la vulneración del derecho a gozar de un medio ambiente sano tiene repercusiones sobre otros derechos y principios constitucionales que, tanto el texto de la Constitución como la jurisprudencia de la Corte, reconocen como fundamentales. Tales son los derechos a la salud (...) y el principio de dignidad humana (...)³⁶.

35 El artículo 86 de la Constitución establece que: (...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien si actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) (Constitución política, 1991, Art. 86)

36 Corte Constitucional de Colombia, “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”.

En este punto se debe tener en cuenta los sujetos de protección (todos los organismos vivos) al hablar del derecho del ambiente, pues las amenazas y vulneraciones que se ejemplificaron en líneas anteriores atentan de forma directa o indirecta en la vida de los organismos vivos. Por lo anterior, al aludir una amenaza o vulneración al derecho del ambiente se habla directamente una violación o amenaza a la vida y la salud de quien alude esa condición. Condición que deberá ser probada en el proceso por las partes.

Frente al argumento que existen otras vías judiciales la Corte expone:

[E] argumento de la improcedencia de la presente acción de tutela por existir otros medios de defensa judicial, como las acciones populares (artículo 86 Superior), tampoco resulta acertado. Si bien las acciones populares, en teoría están diseñadas para proteger derechos colectivos como el medio ambiente, en el presente caso, dicho mecanismo enfrenta dos problemas: (i) la afectación tanto de derechos fundamentales como colectivos, y (ii) la ineficacia de las acciones populares como recurso idóneo para dar solución a la compleja problemática planteada en el asunto *sub examine*³⁷.

Se reitera que al tratarse de un derecho fundamental la acción popular queda corta como mecanismos de protección a este derecho. Y exalta que la complejidad de las problemáticas ambientales determinar la tutela como mecanismo idóneo.

CONFLICTO ARMADO Y MEDIO AMBIENTE

En el reciente conflicto armado colombiano que inicia en 1948, con la muerte del caudillo Jorge Eliecer Gaitán quien había vaticinado con aquellas memorables palabras: “A mí no me matan, porque si me matan no queda piedra sobre piedra”³⁸. Un conflicto librado esencialmente en el campo³⁹, resulta jugar un factor determinante para los actores armados: el medio ambiente, el agua, los recursos naturales y minerales, en general los diversos ecosistemas, dado que la guerra se ha financiado en gran parte de estos.

37 Corte Constitucional de Colombia.

38 Caballero y Biblioteca Nacional de Colombia., *Historia de Colombia y sus oligarquías*.

39 LaRosa et al., “Historia concisa de Colombia (1810-2013): una guía para lectores desprevenidos”.

En el mismo orden el narcotráfico con su gran bonanza en 1978⁴⁰, gran financiador de la guerra y explotador de los recursos naturales por las grandes siembras de marihuana, amapola y cocaína que aún se extienden a lo largo del territorio nacional⁴¹.

Con el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera⁴², el Estado colombiano ha tomado una serie de medidas que permitan la implementación de lo pactado con las Farc-Ep. En el escenario del medio ambiente también, se han tomado algunas medidas que llaman la atención; es el caso de la sentencia de la honorable Corte Constitucional expediente T 622 de 2016 donde se decide como medida: “**RECONOCER** al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos**”⁴³ a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”⁴⁴.

Medidas como las tomadas en la T 622 son de principal relevancia para la protección del medio ambiente en contextos de post-acuerdo, para que se logre una adecuada reivindicación de los territorios; no hacia nuevos actores armados sino actores legítimos como lo son por ejemplo las comunidades locales. Dicha problemática fue bien planteada por el profesor Villegas:

40 Kalmanovitz Krauter, *Economía y nación: una breve historia de Colombia*.

41 Salas et al., “Cultivos ilícitos en Tumaco-Nariño después del proceso de paz con las FARC” plainCitation:”Salas et al., “Cultivos ilícitos en Tumaco-Nariño después del proceso de paz con las FARC” noteIndex:36,” citationItems:”[{"id":837,”uris:”[“http://zotero.org/users/3564401/items/DS8B2SNT”],”uri:”[“http://zotero.org/users/3564401/items/DS8B2SNT”],”itemData:”{"id":837,”type:”thesis,”title:”Cultivos ilícitos en Tumaco-Nariño después del proceso de paz con las FARC,”publisher:”UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO,”publisher-place:”Bogotá, Colombia,”number-of-pages:”81,”event-place:”Bogotá, Colombia,”URL:”https://expeditorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/5800/2018CoUNFCEA_EGGGPati%C3%B1oSantacruzUrbinaValenciaCultivosIllicitosTumacoNari%C3%B1oProcesoPazFARC.pdf?sequence=1&isAllowed=y,”language:”Español,”author:”[{"family:”Salas,”given:”Vicente”}, {"family:”Patiño,”given:”Edy”}, {"family:”Santacruz,”given:”-Carolina”}, {"family:”Urbina,”given:”Alba”}, {"family:”Valencia,”given:”Sara”}],”issued:”[“date-parts:”[["2018"]]”],”schema:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

42 “Texto completo del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto”.

43 Negrilla del original.

44 Corte Constitucional de Colombia, “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”.

Las limitaciones del Estado para regular la vida social vienen dadas por la existencia de un orden alternativo eficaz. Si el actor armado son los grupos guerrilleros, es probable que la competencia armada del Estado disminuya en los próximos años. Aquí el desafío es incorporar al orden estatal no solo a las personas y colectivos que dejan las armas, sino al orden y autoridad *de facto* que estos ejercían. Ahora bien, incluso si la desmovilización se hace bien, una dosis de autoridad es necesaria para prevenir que nuevos actores armados llenen los vacíos que están dejando las guerrillas luego de su desmovilización. En estos contextos, la seguridad y resolución de conflictos son retos cardinales teniendo en cuenta que las guerrillas eran las garantes del orden en las zonas rurales⁴⁵.

La Corte Constitucional Colombiana es consciente del rol que han desempeñado los actores armados en la explotación del medio ambiente y respecto de la minería de oro ha planteado:

En términos de producción Antioquia y Chocó representan más del 80% del total nacional (que equivale a cerca del 5% de la producción minera), concentrada en zonas con fuerte presencia de actores armados ilegales, tanto guerrilla como grupos armados post desmovilizados denominados “BACRIM”. Otro factor que destaca es que en las grandes regiones de exploración y explotación aurífera viven importantes comunidades étnicas, o bien indígenas o afrocolombianas, y mientras algunas de estas poblaciones se oponen a la explotación del oro en sus territorios, otras viven o subsisten gracias a la actividad minera: lo que genera un conflicto social adicional⁴⁶.

En igual sentido también ha planteado la honorable Corte Constitucional respecto del oro que: “este mineral es la nueva estrategia de financiación del conflicto armado y del narcotráfico. Al no estar regulado dicho comercio”⁴⁷ situación que pone en vilo las garantías de no repetición a las que se comprometieron los firmantes del acuerdo de paz.

Es importante resaltar, a juicio, la *ratio decidendi* de la Sentencia 622 en comento, donde la Corte Constitucional Colombiana, nos informa que:

45 García Villegas y Revelo Rebolledo, “LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LOCAL EN COLOMBIA”.

46 Corte Constitucional de Colombia, “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”.

47 Corte Constitucional de Colombia.

[L]a justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el **interés superior del medio ambiente** que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permiten afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado⁴⁸.

Por último se puede afirmar que la Corte Constitucional ha entendido el “interés superior” como una suerte de protección especial; esto es; un imperativo para todos: sociedad y Estado de garantizar la satisfacción integral bajo una comprensión universal, prevalente e interdependiente⁴⁹, aplicable plenamente al medio ambiente.

CONCLUSIONES

La primera conclusión a la que se puede llegar es que la Honorable Corte Constitucional Colombiana ha tomado como medida de protección del medio ambiente, el reconocimiento de sujeto de derecho; en el caso de la sentencia T 622 de 2016, a un río (El río Atrato en el departamento del Chocó), rompiendo con el paradigma de la interpretación antropocéntrica de la constitución.

Los principales argumentos para la toma de la decisión del reconocimiento del ambiente (Río Atrato) como sujeto de derechos, es considerar que la Constitución de 1991 y los tratados internacionales Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) y Convenio

48 Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-126 de 1998: “*La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera “Constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente*”.

49 Corte Constitucional de Colombia, “C-113-17 Corte Constitucional de Colombia”.

sobre la Diversidad Biológica (1992) permiten considerar que Colombia posee una Constitución biocéntrica y biocultural.

Otro argumento principal es la consideración del medio ambiente como derecho fundamental, por su conexión con la vida y la salud; a su vez considerarlo como patrimonio común de la humanidad y su protección asegura la supervivencia de las generaciones presentes y futuras.

Como mecanismo efectivo de protección la Corte Constitucional Colombiana considera la procedencia de la acción de tutela dado que las acciones de grupo no resultan ser idóneas para la toma de decisiones trascendentales en materia de política pública ambiental.

Por último se reitera el “**interés superior del medio ambiente**” como un derecho reforzado para la protección del medio ambiente, la vida y la salud para la pervivencia humana y las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

Caballero, Antonio, y Biblioteca Nacional de Colombia. *Historia de Colombia y sus oligarquías*, 2018.

Camargo, Pedro Pablo. *Las acciones populares y de grupo : guía práctica de la Ley 472 de 1998*. Bogotá: Leyer, 2009.

Corte Constitucional de Colombia. “C-113-17 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-113-17.htm#_ftnref49.

———. “C-215-99 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-215-99.htm>.

———. “C-401-95 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-401-95.htm>.

———. “C-595-10 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>.

———. “T-080-15 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>.

———. “T-092-13 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-092-13.htm>.

———. “T-092-93 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-092-93.htm>.

———. “T-257-96 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-257-96.htm>.

———. “T-325-17 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-325-17.htm>.

———. “T-411-92 Corte Constitucional de Colombia”. Consultado el 3 de abril de 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>.

———. “T-622-16 Corte Constitucional de Colombia”, 2016. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

Escobar, Arturo. *Sentipensar con la tierra : nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*, 2018.

Flick, Uwe. *El Diseño de investigación cualitativa*. Madrid: Morata, 2015.

García Villegas, Mauricio, y Javier Revelo Rebolledo. “LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LOCAL EN COLOMBIA”. *anpol Análisis Político* 31, núm. 92 (2018): 69–95.

Jurado Rojas, Yolanda. *Técnicas de investigación documental : APA, MLA y ML: manual para la elaboración de tesis, monografías, ensayos e informes académicos*. México: International Thomson, 2005.

Kalmanovitz Krauter, Salomón. *Economía y nación : una breve historia de Colombia*. Bogotá; Barcelona: Grupo Editorial Norma, 2007.

LaRosa, Michael, Germán Mejía P., Matías Godoy, y Michael LaRosa. “Historia concisa de Colombia (1810-2013) : una guía para lectores desprevenidos”, 2015. <http://www.digitalpublishing.com/a/44312/>.

López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces : obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del*

derecho judicial. Bogotá: Legis, 2006.

Salas, Vicente, Edy Patiño, Carolina Santacruz, Alba Urbina, y Sara Valencia. “Cultivos ilícitos en Tumaco-Nariño después del proceso de paz con las FARC”. UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO, 2018. https://expe-ditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/5800/2018CoU-NFCEA_EGGGPPati%C3%B1oSantacruzUrbinaValenciaCultivosIllicitosTumacoNari%C3%B1oProcesoPazFARC.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Simbaqueva Vásquez, Edgar. *Constitución Política de Colombia / edición Édgar Simbaqueva Vásquez.*, 2018. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.251263&site=eds-live>.

“Texto completo del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto”. Consultado el 15 de abril de 2019. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx>.

Yin, Robert K. *Case Study Research and Applications: Design and Methods*. Los Angeles, Calif.: SAGE, 2018.



O DESPERTAR DE UM DIREITO FUNDAMENTAL: DIREITO AO MEIO AMBIENTE

ALINNE CARDIM ALVES¹

CASSIANE DE MELO FERNANDES²

INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente equilibrado é considerado um direito fundamental assim que é disponibilizado na Constituição, sendo assim estes direitos que nascem e se estabelecem são consolidados no princípio da soberania popular tornando-se assim inatos, absolutos, intransferíveis e imprescritíveis a mesma.

O documento Constitucional busca assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado demonstrando por meio dos parágrafos e incisos do artigo 225. Destaca-se que algumas ações que auxiliaram na defesa deste direito, há o intuito de preservar a diversidade biológica e os patrimônios genéticos nacionais proibindo as atividades em espaços territoriais protegidos, exige o estudo prévio, público e fundamentado do impacto ambiental diante de obras e instalações que podem causar uma degradação ambiental gerando assim um controle da produção, comercio e emprego de técnicas que possam vincular riscos a vida e o meio ambiente.

Percebe-se que ao dispor que o meio ambiente é um direito indispensável à Constituição frisou que a sua ausência fere a dignidade da pessoa humana, já que a inexistência de um meio ambiente saudável e equilibrado foge a essência de todos os homens, visto que este direito é coletivo, constitui-se assim uma obrigação da coletividade sua manutenção sadia para as presentes e futuras gerações.

-
- 1 Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Pisa. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Membro Adjunto da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e Membro da Asociación Colombiana de Direito Processual Constitucional. Advogada e Professora.
 - 2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Barretos (FB). Conciliadora do Poder Judiciário. Docente da Faculdade Barretos. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Membro Adjunto da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e Membro da Asociación Colombiana de Direito Processual Constitucional. Advogada.

1 - A DUPLICIDADE DE CARÁTER DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

Bem como os demais direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente equilibrado apresenta um caráter duplo tendo o mesmo uma dimensão subjetiva com elementos de ordem objetiva.

A ordem objetiva pode ser estabelecida quando impõe que o Estado deve estabelecer medidas de proteção a este meio ambiente, visando garantir o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado para todos. Um exemplo deste âmbito subjetivo se encontra no artigo 225, § 1º da Constituição objetivos estatais para a realização e garantia do meio ambiente equilibrado.³

Essa extensão de direito objetivo como uma responsabilidade do Estado não é muito versada, diverso da proporção subjetiva do direito ambiental que não possui uma tipificação da definição de meio ambiente ecologicamente equilibrado dando assim a possibilidade do indivíduo o direito de informação e de tutela administrativa e jurisdicional ao meio ambiente.

Sendo assim, a sociedade deve proteger o meio ambiente, observando que o ato atentatório humano pode causar lesões a universalidade de bens que o constituem. Visando esta proteção contra atos lesivos ao ambiente, a Constituição Federal dispõe do mecanismo de defesa conhecido como Ação Popular, ordenada no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, assim segue:

Art. 5º [...]:

[...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...] ⁴

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

Com isso, diante da conexão entre estes dois institutos observa-se a consagração à proteção ambiental reverenciando a fundamentação da norma Constitucional e o direito fundamental ao ambiente buscando diminuir os riscos advindos da sociedade moderna para as futuras gerações, pois justamente por isso, o bem jurídico ambiental roga por importante proteção, uma vez que sem a preservação do patrimônio ambiental não há que se dizer em vida sobre o planeta terra. (SIRVINSKAS, 2004, p. 33)

Nota-se que ao caracterizar o direito ambiental como um direito fundamental que possui caráter essencial à vida e se encontra em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais, o legislador disponibiliza formas de proteção a este bem tanto pela força do Estado tanto pela força da sociedade adequando assim as formas de tutela próprias para o resguardo do meio ambiente.

2 - A SISTEMATIZAÇÃO DO DEVER INTERGERACIONAL NA SOCIEDADE

A Lei Maior deixou claro em suas prerrogativas que a obrigação de proteção ao ecossistema é de responsabilidade de todos. Assim, observa-se a intergeracionalidade é inerente à continuidade da vida humana gerando assim o aperfeiçoamento da mesma.

Esta concepção de que há a necessidade de preservar e de dar continuidade ao equilíbrio do ecossistema para presentes e futuras gerações, podem ser observadas também na Declaração de Estocolmo que estendeu os princípios fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana até a terceira geração, gerando assim um novo termo que ampliava os direitos, mas também os deveres da sociedade. Neste sentido Bucci (2001, p. 50-63) adverte:

A inovação dessa terceira geração de direitos é a ampliação dos beneficiários dos direitos humanos não apenas no espaço – o que já era meta dos direitos sociais, de segunda geração, pela eliminação da exclusão social – mas também no tempo, concebendo-se como destinatários de proteção especial os direitos humanos das pessoas ainda não nascidas, as gerações futuras, daí a qualificação de direitos transindividuais ou transgeracionais. ”

A caracterização desta terceira geração contribuiu para que fosse observada a importância da intergeracionalidade diante da humanidade, ampliando o direito fundamental sendo um marco importante para a

uniformização dos direitos humanos.

Mesmo diante da inovação da promulgação dos princípios da Conferência de Estocolmo, a Organização das Nações Unidas constatou a necessidade de realizar uma nova Assembleia aonde seriam discutidos os reais rumos a serem seguidos. Instituiu-se assim uma comissão de alto nível presidida pela médica Gro Harlem Brundtland, da Noruega em 1984, sendo integrada por vinte membros, dez representantes de países em desenvolvimento e dez de países desenvolvidos, para conduzir os trabalhos preparatórios.⁵

Em meados de 1987 foi publicado o Relatório Brundtland também intitulado “Nosso Futuro Comum” que foi encarregado de considerar meios e formas da Comunidade Internacional lidar com questões de cunho ambiental instituindo o princípio da responsabilidade intergeracional propondo assim o conceito de Desenvolvimento Sustentável atrelado à relação entre as gerações.⁶

Neste sentido, declara a Organização das Nações Unidas no Relatório de Brundtland: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.”⁷

A partir desta concepção foi possível observar que as gerações presentes não precisam ser lesadas em detrimento das gerações futuras, podendo haver um consenso entre ambas. O desenvolvimento sustentável não impõe um Estado permanente de harmonia e sim um processo de mudança na qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras, assim a intergeracionalidade poderá diminuir o conflito entre as discrepâncias culturais, sociais, econômicas, políticas e mesmo

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

costumeiras destas gerações trazendo uma relação de consenso e respeito sobre as mesmas aonde se visualiza a harmonia entre os seres humanos e entre a humanidade e a natureza.

3 - ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

Diversas conferências internacionais e nacionais versaram sobre a proteção ao meio ambiente corroborando com a saúde do meio ambiente e as condições econômicas e sociais dos países, porém no início da década de 1990 uma Conferência realizada no Brasil marca o processo de evolução dessa responsabilidade intergeracional.

Na cidade do Rio de Janeiro ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUCED), realizada de 3 a 14 de junho de 1992 e compareceram delegações nacionais de 175 países, a “Cúpula da Terra”, como ficou conhecida, adotou a “Agenda 21”, um diagrama para a proteção do nosso planeta e seu desenvolvimento sustentável, a culminação de duas décadas de trabalho que se iniciou em Estocolmo em 1972.⁸

A agenda 21 englobou 27 princípios dos quais devem ser conduzidas a interação das pessoas com o planeta, instituiu a Declaração de princípios sobre Florestas, a Convenção sobre diversidade biológica e a - Convenção - quadro sobre Mudanças Climáticas - que culminou no Protocolo de Kyoto em 1997, assim observou as necessidades globais visando à evolução do homem tanto quanto do meio ambiente.⁹

Ao Estado coube observar que há uma nova e complexa situação na sociedade aonde o mesmo terá que intervir e se estabelecer como parte para que a ocorra a efetividade e permanência do direito ao meio ambiente saudável aonde se fazem necessária à sua atuação, sendo importante salientar que os direitos sociais e ecológicos devem ser constituídos como verdadeiros direitos fundamentais socioambientais. Nesse entendimento Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 117) declaram que:

8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

[...] é perceptível que é precisamente (também, mas não exclusivamente!) Neste ponto que reside a importância de uma tutela compartilhada e integrada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, agrupados sob o rótulo genérico de *direitos fundamentais socioambientais* (DESCA), assegurando as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida, aquém das quais poderá ainda haver vida, mas essa não será digna de ser vivida. No sentido de ampliar o núcleo de direitos sociais, de modo a atender as novas exigências para uma vida digna, especialmente em razão da ‘nova’ questão ambiental. [Grifo dos autores]

Quando há a constatação de que o conceito de preservação do meio ambiente ultrapassa a esfera de indivíduo e recai sobre a coletividade, o Estado nota que o direito ao meio ambiente é um direito difuso, sendo assim transindividual.

Este conceito de direito difuso não está explícito na Constituição porém pode ser admitido no Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 881, inciso I, expõe: “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”¹⁰

O processo histórico, cultural, econômico, político e social gestado ao longo século XX determinou o momento que se vivencia hoje no plano jurídico-constitucional, marcando a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e chegando-se ao Estado Socioambiental (também Constitucional e Democrático), haja vista o surgimento de direitos de natureza transindividual e universal que têm na proteção do ambiente o seu exemplo mais expressivo, fazendo com que o Estado tenha uma obrigação constante sobre o desenvolvimento sustentável, impondo assim o Estado Socioambiental como estabelecimento de ordem a sociedade.

4 - A NECESSIDADE DE SANÇÕES NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A partir da consciência de que o Estado precisa ser um Estado Socioambiental e que depende deste a manutenção e preservação do meio ambiente em conjunto com a sociedade, foi necessária a criação de

10 BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12.09.1990. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de junho de 2019.

normas que dispusessem sobre este tema e automaticamente a inserção de sanções foi essencial para a garantia da lei e da ordem estatal, visando a melhor maneira de resguardar e amenizar por meio de punições o impacto aos danos ambientais.

Em 1998 foi promulgada a Lei de Nº 9.605 denominada Lei de Crimes Ambientais que determina as sanções Penais e Administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.¹¹

A Lei de Crimes Ambientais trouxe uma uniformização na proteção ao meio ambiente colaborando com a centralização deste escopo aonde as infrações são definidas conforme os tipos de crimes ambientais podendo ser classificados em cinco tipos diferentes, dos quais são: Crimes contra a fauna que estão dispostos nos artigos 29 a 37, Crimes contra a flora que estão inclusos nos artigos 38 a 53, Crimes contra poluição e outros crimes ambientais inseridos nos artigos 54 a 61, e também como Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural estabelecidos nos artigos 62 a 65 e as disposições das Infrações Administrativas que estão nos artigos 70 a 76 sendo regulamentadas pelo Decreto 6514/08.¹²

No intuito de punir a prática danosa ao meio ambiente, faz-se necessário um conjunto de profissionais de diversas áreas que irão analisar todo o contexto do dano proferido assim como a possibilidade de reparação do mesmo. Dessa maneira o professor Édis Milaré define o dano ambiental: “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.”⁵⁵

Demonstra-se que caracterização do dano ambiental é abrangente e mesmo sendo de forma mínima pode levar a dimensões estratosféricas em decorrência da importância do meio ambiente para a sobrevivência humana. Percebe-se que a Constituição Federal deixou frisado em seu artigo 25 a necessidade de punição a qualquer agravo ambiental, tendo descrito em seu § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da

11 BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13.02.1998. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

12 BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13.02.1998. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

obrigação de repara os danos causados. ”¹³

Em conjunto com o parágrafo 3º do artigo 225 é necessário entender o que são essas sanções e como as mesmas devem ser impostas, com cautela a palavra de José Afonso da Silva (2005, p. 846-847) diz:

RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS. [...] O dispositivo constitucional, como se vê, reconhece três tipos de responsabilidade, independentes entre si- a administrativa, a criminal e a civil-, com as respectivas sanções. O que não é peculiaridade do dano ecológico, pois qualquer dano a bem de interesse público pode gerar os três tipos de responsabilidade.

Aponta-se que na legislação brasileira há três tipos de punições do qual o agente causador poderá responder por cada uma ou por todas, sendo elas independentes, assim está sanção de forma administrativa é realizada apenas pela Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal observando os limites das competências institucionais podendo em sua responsabilidade de pessoa jurídica de direito público impor atuações e sanções aos infratores, nos casos da responsabilidade criminal poderá o infrator ser penalizado através de penas de liberdade restritivas de direito ou pena pecuniária e a função de sanção civil possui a obrigatoriedade de o agente causador ressarcir os danos causados por sua conduta ou atividade que ocasionou a lesão ao meio ambiente.¹⁴

A Lei de Crimes Ambientais dispõe de sistemas interligados que colaboraram para a diminuição dos danos ambientais aonde vários órgãos empenham-se na busca desta resolução. Neste sentido o legislador dispôs de formas de sanções aonde o intuito visa à diminuição da prática de danos ao meio ambiente, buscando alternativas pautáveis e objetivas a reparação dos atos praticados contra o mesmo.

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019

14 BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13.02.1998. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de junho de 2019.

5 - A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO CENÁRIO ATUAL

Diante da importância do meio ambiente e no intuito de preservá-lo o Estado vem difundindo vários sistemas que irão auxiliar nesta empreitada.

Assim é possível notar um crescimento de normas, programas, decretos, princípios e até de teorias que tendem a demonstrar a importância de preservar o meio ambiente, num esforço antecipado ao dano e a possível causa da sua ocorrência. Uma das formas de promover esta conscientização é por meio da educação ambiental que é dos primeiros preceitos neste sentido e veio promulgada em nossa Carta Magna, em seu inciso IV do § 1º do artigo 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.¹⁵

A estipulação da educação ambiental não deve ser vista como a solução do problema e sim uma medida capaz de diminuir a distância entre o homem e a natureza. Neste sentido declara Sauv e (2005, p. 317-322):

A educa o ambiental leva-nos também a explorar os estreitos vínculos existentes entre identidade, cultura e natureza, e a tomar consciência de que, por meio da natureza, reencontramos parte de nossa própria identidade humana, de nossa identidade de ser vivo entre os demais seres vivos.

Buscando efetivar este raciocínio de que a educa o ambiental pode induzir o desenvolvimento sustentável priorizando todo o ecossistema ao invés do crescimento econ mico, foi promulgada a Lei de N  9.795 de 27 de abril de 1999 que dispõe sobre a educa o ambiental em seu artigo 1 :

Entendem-se por educa o ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conserva o do meio ambiente, bem de uso comum do povo,

15 BRASIL. Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.¹⁶

Ao normatizar a educação ambiental o Estado a elencou como um compromisso a ser efetivado demonstrando assim a sua importância e desenvolvendo valores que irão colaborar para uma nova consciência ambiental.

Entretanto, é plausível ter em vista que uma educação ambiental que busca um viés de desenvolvimento sustentável, não pode se limitar apenas a este fim. A educação ambiental segue e ampara de início o surgimento e a consolidação de um projeto de melhora da relação de cada um com o mundo, cujo significado ela ajuda a construir, em função das características de cada contexto em que inter-vém. (SAÚVE, 2005, p. 317-322):

A lei que dispôs sobre a educação ambiental elencou como referência a educação informal e formal que é desenvolvida nos currículos diários das Instituições de Ensino Públicas e Privadas englobando: I - educação básica; II – educação superior; III – educação especial; IV – educação profissional e V – educação de jovens e adultos, conforme declara seu artigo 9º.¹⁷

A educação formal possui o objetivo de demonstrar aos descendentes de qualquer posição a importância do meio ambiente equilibrado e a necessidade do seu resguardo para a perpetuação da espécie humana.

No âmbito da educação informal o *caput* do artigo 13 declara:

Entendem-se por educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.¹⁸

16 BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.04.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

17 BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.04.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

18 BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.04.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

Observa-se que na educação informal há um incentivo mais amplo visando alcançar um maior número de pessoas por meio de programas, campanhas educativas, visando uma sensibilidade social em massa.

A educação informal consegue juntar diferentes atores de diferentes âmbitos sociais que em conjunto podem mudar a visão e a consciência de áreas distintas. Neste sentido declara Sauv  (2005, p. 317-322): “A educa o ambiental integra uma verdadeira educa o econ mica: não se trata de “gestão do meio ambiente”, antes, porém, da “gestão” de nossas próprias condutas individuais e coletivas com respeito aos recursos vitais extraídos deste meio. ”

Assim a educa o ambiental possui como objetivo demonstrar a importância do meio ambiente equilibrado e as formas de alcan -lo.

6 - O DEVER INTERGERACIONAL E O MEIO AMBIENTE

A preven o ao meio ambiente saudável impede o recuo de todas as prote oes já conquistadas pelo Direito,   busca da sustentabilidade em conjunto com o desenvolvimento sustentável enviam a perenidade e a intangibilidade a preservarem os direitos dos descendentes de poderem gozar de um ambiente sadio.

Diante dos avanços sociais, foi necessária a evolu o no quesito de prote o ambiental que vem constatar e tutelar um direito fundamental essencial   vida que   o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, este direito   considerado fundamental porque deriva do maior princípio estipulado em nosso ordenamento jurídico que   a dignidade da pessoa humana que estabelece o direito de ter um mínimo existencial aos seres humanos com pilares na qualidade de vida e no bem-estar dos indivíduos e da coletividade. (SARLET, 2012, p. 46)

Neste sentido declara Sarlet (2012, p. 47):

  justamente neste sentido que assume particular relevância a constata o de que a dignidade da pessoa humana   simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condi o dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

O princípio da solidariedade intergeracional reflete uma mudança palpável no Direito demonstrando uma preocupação que vai além das relações humanas, ou seja, alcança atuações sociais fomentando valores mais profundos e de grande mutabilidade em busca de uma vivência melhor.

A Constituição Federal Brasileira já demonstra a preocupação com o meio ambiente sadio e a importância da sua preservação para as presentes e futuras gerações.¹⁹ Neste entendimento a Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano se manifesta em seus princípios 2 e 5:

Princípio 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

Princípio 5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso.²⁰

Nota-se a relevância do princípio intergeracional disposto pelas Organizações das Nações Unidas que possui um poder tão abrangente sendo capaz de alcançar os mais diversos povos, demonstrando desta forma a importância da intergeracionalidade para a comunidade internacional. Assim o Supremo Tribunal Federal já citou em um dos seus julgados:

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.²¹

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

21 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. “Ação cautelar inominada” a pedido do Estado de Roraima em face da União Federal e do IBAMA com o objetivo de suspender a realização de consultas pública com finalidade reserva Extrativista. ADI 3.540-

Neste sentido, percebe-se que a intergeracionalidade pode ser encarada como um combustível para a preservação ambiental, pois a solidariedade entre as pessoas que ainda estão por vir tem poder para incitar a prática de ações que irão tutelar este bem essencial à vida. Esta preocupação com as futuras gerações possui fundamento na fraternidade intitulada na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, seguindo esta visão, as Organizações das Nações Unidas declaram no artigo 1º de sua Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. 1º - todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade.”²²

Ao reconhecer a importância do meio ambiente e a essencialidade de conservação do mesmo observa-se a imposição de limites nas atitudes do Estado e da coletividade, desta forma as ações nocivas precisam ser combatidas em conjunto aonde se faz necessário à cobrança mútua dos usuários deste capital natural. O exercício da solidariedade há muito é considerado como argumento de ética e moral, tendo seus primeiros esboços já na Antiguidade e seus fundamentos discutidos por sociólogos e filósofos. Mas a evolução do Direito acabou por incorporar esse valor ao sistema jurídico, fornecendo-lhe a aparência de princípio fundamental. (COSTA, 2010, p. 59)

Observa-se a necessidade de uma gestão racional dos recursos naturais. Uma noção de sustentabilidade impõe analisar sobre um patrimônio a ser transmitido às gerações futuras. Este não se limitaria a um patrimônio natural de qualidade, mas, principalmente, permitir a possibilidade de escolha das gerações futuras, ou seja, a não criação de situações irreversíveis as mesmas.

Neste diapasão surge então o conceito de solidariedade mecânica ou por semelhança que demonstra que em razão da não diferenciação entre os indivíduos, a sociedade, sendo formada por sentimentos, valores e crenças comuns, goza de coerência. (DURKHEIM, 2001, p. 79-83).

MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno citada em AC 1.255 MC/RR. Rel. in. Celso de Mello. 22.6.2006. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 08 de junho de 2019.

22 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A declaração universal dos direitos humanos (DUDH) - 1948. In: **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. França, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2019.

Ao conceituar o meio ambiente como um direito fundamental causa uma reflexão sobre a forma de construção dos direitos fundamentais, partindo da modernidade, regulada e empregada no sujeito individualmente considerado, termina por dificultar a validade de um sujeito em parte ainda não nascido. Supõe-se que, a partir da construção dos direitos fundamentais sob a influência do individualismo, existiria uma resistência natural à efetivação do direito ao meio ambiente como dever solidário, o que exige levar em consideração não apenas os efeitos imediatos sofridos em razão da degradação ambiental, mas também, os efeitos a longo prazo, os quais serão vividos provavelmente com maior intensidade pelas gerações futuras.

A permanência da qualidade ambiental representa o próprio significado do princípio da equidade intergeracional: manutenção das condições ambientais para as gerações futuras. E, por fim, a continuação do acesso aos recursos naturais, bem-dispostos por Bordin (2008, p. 37-61):

O terceiro princípio – conservação do acesso a recursos naturais (*conservation of access*) – representa um elemento de equidade (ou justiça) intrageracional na esfera das relações intergeracionais. Para “conservar o acesso”, a geração presente deve assegurar que (1) todos os seus membros desfrutem de um acesso equânime a recursos naturais, e que (2) tal acesso seja transferido à próxima geração.

Este Princípio da Conservação, em seus três aspectos, preserva a liberdade de escolha das gerações futuras, colaborando para que não fiquem submissas aos atos e realizações das gerações anteriores. Bordin (2008, p. 37-61) frisa a importância da autonomia entre as gerações como chave para o respeito mútuo entre as mesmas.

Estes princípios, opções (diversidade), qualidade, e acesso, permitem às gerações futuras a flexibilidade de operar-se dentro de seu próprio sistema de valor e não requerem que uma geração prediga os valores para a outra. Promovem a equidade entre gerações respeitando ambos os direitos, das gerações futuras de não serem privadas pelas preferências da geração atual para seu próprio bem-estar, e os direitos da geração atual de usar o ambiente livre dos constrangimentos em razões para proteger as necessidades futuras indeterminadas.

Em decorrência das relações humanas o direito ao meio ambiente equilibrado das futuras gerações é a todo instante violado aonde

observa-se que o seu controle é exercido de forma secundária, portanto este direito intergeracional configura uma proteção a um bem difuso que busca a proteção ao invés da reparação assim a aplicação de medidas preventivas reparatórias garantirá a manutenção deste bem para uma maior qualidade de vida futura. (2008, p. 37-61).

No intuito de atenuar esta situação, o Direito tem papel fundamental como garantidor de uma vida digna e justa, o princípio intergeracional traz um desdobramento social pertinente aonde a preocupação do homem ultrapassa as barreiras do individualismo.

Assim, o Direito leva ao homem uma nova ética que procura mudar o comportamento e a consciência social, este princípio pode ser considerado uma raiz instaurada no convívio social que busca a igualdade entre os povos presentes e os futuros.

Assim tanto os operadores do Direito quanto a sociedade precisam encarar este princípio como um norteador social que tem a objetivo de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado aonde a prioridade é a dignidade da pessoa humana respeitada.

CONCLUSÃO

Desta forma, os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal possuem um poder equipolente que busca como valor fins e metas fundamentais para prover de modo eficaz o reconhecimento, a proteção, a efetivação e a concretização destes direitos fundamentais ambientais. Assim é nítida a busca de um desenvolvimento responsável equilibrado que possa propiciar a todos os indivíduos uma qualidade de vida com acesso sem risco aos bens e serviços disponíveis.

A prática da preservação e preocupação mundial com o meio ambiente é considerada recente diante da sua importância para a perpetuação da vida humana, a capacidade de conseguir suprir as necessidades humanas atuais sem que sejam afetadas as habilidades das gerações futuras.

Logo, observa-se que há várias normas e ditames que viabilizam a defesa do meio ambiente, e em contrapartida há também barreiras a serem derrubadas em decorrência da natureza capitalista e consumista da população contemporânea.

A busca do meio ambiente equilibrado não é inalcançável, contudo se faz necessário uma atitude universal.

REFERÊNCIAS

BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-61, out. 2008

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. **Direito Ambiental Internacional**. 12 Ed. Santos: Leopoldinaum, 2001.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. p. 59.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 79 -83.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de Direito Ambiental**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAUVÉ, Lucie. Educação Ambiental: possibilidades e limitações. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, V. 31, N. 2, P. 3, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**: breves considerações atinentes à Lei. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SITES VISITADOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto atualizado até a EC n. 91/2016 de 19 de fevereiro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12.09.1990. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de junho de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13.02.1998. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28.04.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. “Ação cautelar inominada” a pedido do Estado de Roraima em face da União Federal e do IBAMA com o objetivo de suspender a realização de consultas pública com finalidade reserva Extrativista. ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno citada em AC 1.255 MC/RR. Rel. in. Celso de Mello. 22.6.2006. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 08 de junho de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972. In: **Anais das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A declaração universal dos direitos humanos (DUDH) - 1948. In: **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. França, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2019.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA

ADRIÁN JOAQUÍN MIRANDA CAMARENA¹

INTRODUCCIÓN

El agua es imprescindible para la vida y la salud, tener acceso a ella en cantidad y calidad suficiente resulta indispensable para vivir dignamente. El agua es un derecho humano cuyo cumplimiento, además de resultar esencial para la vida misma, es condición previa para el ejercicio de otros derechos tales como la salud, la alimentación, la vivienda y el medio ambiente. Sin embargo, el derecho al agua es un derecho negado a millones de personas en todo el mundo que carecen de un suministro suficiente de agua y de servicios de saneamiento, y que por lo tanto padecen enfermedades ocasionadas por factores como la ingesta de agua no apta para el consumo humano, el contacto con agua contaminada o la imposibilidad de higiene en su persona, alimentos o entorno debido a la escasez y la mala calidad de la misma. Este trabajo busca establecer a través del método hipotético deductivo en el caso México, como se garantiza el acceso al derecho al agua y cuáles son los procedimientos judiciales para proveerlo.

1 - CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales [CDESC] (2003), a través de la Observación General número 15, ha definido el derecho humano al agua como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico (párrafo 2), lo cual implica únicamente el acceso al agua necesaria para la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, para mantener la vida y la salud; no así, el derecho a disponer de una cantidad ilimitada de agua, refiriéndose a un abastecimiento adecuado de agua salubre para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid y Profesor Investigador Titular C en la Universidad de Guadalajara.

De manera general podemos decir que el derecho humano al agua comprende las siguientes libertades y derechos (CDESC, 2003: párrafos. 10 y 11):

1. El acceso a un suministro suficiente de agua libre de injerencias, como por ejemplo, cortes arbitrarios;
2. La no contaminación de los recursos hídricos;
3. Un sistema de abastecimiento y gestión que proporcione el acceso al agua a toda la población en igualdad de oportunidades; y,
4. Una gestión sostenible que garantice el ejercicio del derecho para generaciones presentes y futuras.

El desglose de las anteriores prerrogativas implica a su vez, los siguientes factores para el cumplimiento del derecho humano al agua en cuanto a:

1.1 - CANTIDAD

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, el derecho humano al agua no implica la disponibilidad de una cantidad ilimitada del recurso, sino únicamente el acceso a un suministro suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de consumo personal y doméstico, el cual según el CDESC (2003, párrafo 12 a)), involucra los siguientes usos:

1. Consumo: agua destinada para bebidas y alimentos;
2. Saneamiento: agua necesaria para el funcionamiento de los sistemas de evacuación de excretas humanas.
3. Preparación de alimentos: agua utilizada para la higiene de los alimentos y su preparación;
4. Higiene personal y doméstica: agua empleada en el aseo del hogar y en el aseo personal, incluso el lavado de ropa.

Es importante resaltar que otros tipos de usos que se pueden suscitar en el ámbito doméstico como lo son las piscinas, la jardinería o el lavado de vehículos no están amparados por el derecho humano al agua, porque no son usos indispensables para mantener la vida o la salud de las personas, sino complementarios por tratarse de necesidades secundarias de las cuales no dependen la supervivencia ni la dignidad humana.

Una vez aclarados los usos comprendidos en el derecho humano al agua, pasemos a la cantidad de agua requerida por persona para la satisfacción de las necesidades. La Organización Mundial de la Salud

(OMS), señala que cada persona necesita entre 50 y 100 litros diarios de agua para cubrir sus necesidades básicas y evitar problemas de salud, sin embargo, puede sobrevivir con un suministro mínimo diario de 20 a 25 litros, aunque claro está, altamente expuesto al padecimiento de problemas sanitarios por no contar con el agua suficiente para su higiene y consumo, situación que no le permite vivir dignamente y por lo cual esta cantidad mínima no constituye un parámetro para el cumplimiento del derecho puesto que, si bien es cierto, puede ser suficiente para mantener la vida, no así la salud ni las condiciones que permiten a la persona desarrollarse en un entorno digno.

El parámetro de requerimiento de 50 a 100 litros diarios por persona si es un indicativo para el cumplimiento del derecho toda vez que además de preservar la vida, alcanza para que la persona se desarrolle en las condiciones mínimas de salud y dignidad. Aun así, hay personas o grupos que por motivos de salud, trabajo, condiciones climáticas u otros factores, necesitan de un mayor abastecimiento de agua, tal es el caso de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y personas que padecen alguna enfermedad, por ejemplo. De tal manera que la cantidad mínima requerida por cada persona para el cumplimiento del derecho podrá exceder este parámetro indicativo según las circunstancias personales y el contexto en que se desarrolle.

1.2 - CALIDAD

El cumplimiento del derecho humano al agua tiene que ver además de la cantidad de agua suministrada con la calidad que esta posee. No basta que las cantidades abastecidas sean suficientes volumétricamente para satisfacer el consumo personal y doméstico, se requiere además que el líquido sea potable, es decir, sin que genere efectos nocivos en la salud de las personas, apto para el consumo humano. Al respecto el CDESC (2003) menciona que el agua debe de ser salubre, de un olor, color y sabor admisibles, libre de microorganismos o sustancias químicas que amenacen la vida y la salud (párrafo. 12 b)).

La mayoría de los problemas de salud se encuentran relacionados con el agua, la mitad de las camas de los hospitales en todo el mundo, se encuentran ocupadas por pacientes que padecen este tipo de enfermedades (OACDH, 2011: p. 9). El contacto o consumo de agua contaminada por microorganismos como virus, bacterias y protozoos, son la principal causa de enfermedades; siendo los lactantes,

los niños de corta edad, los adultos mayores, las personas debilitadas por alguna enfermedad o aquellas que viven en condiciones anti-higiénicas, quienes mayor riesgo tienen de padecerlas; y, aunque tanto en países desarrollados como en desarrollo, los peligros microbianos son la principal causa de preocupación en relación con las enfermedades generadas por la contaminación del agua, existe otro tipo de contaminación que está generando un número creciente de personas enfermas por la mala calidad del agua, se trata de la contaminación suscitada por agentes químicos (OMS, 2006: pp. 11 y 12).

Una vez analizados los usos, cantidades y calidades del agua que comprende el derecho para cada persona, resulta oportuno hacer un énfasis en lo que varios autores institucionales internacionales dedicados al tema, han denominado disponibilidad, la cual entendemos como la continuidad en el suministro de agua suficiente tanto en cantidad como en calidad para la satisfacción de las necesidades diarias básicas de uso y consumo, es decir, la periodicidad con que la cantidad suficiente de agua con la calidad requerida es abastecida para que la persona viva dignamente día a día.

1.3 - ACCESIBILIDAD

Al definir el derecho humano al agua mencionamos que básicamente este consiste en el acceso a un suministro suficiente en cantidad y calidad para preservar la vida y la salud. Como derecho humano, el derecho al agua es un derecho universal, un derecho para todos, un derecho que poseen las persona por su sola condición humana sin discriminación alguna; de tal manera que el acceso al suministro de agua que comprende el derecho humano al agua es un acceso que corresponde a todos. El aspecto de accesibilidad del derecho humano al agua se encuentra directamente asociado con la universalidad del mismo, es decir con la no discriminación, con la accesibilidad que debe ser garantizada a todas las personas que integran la población de un Estado sin distinción alguna, a todos en igualdad de condiciones y oportunidades.

Los Estados tienen la obligación de garantizar, al igual que el ejercicio de todos los demás derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, nacionalidad, posición económica o social, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual,

estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho al agua².

La distribución inequitativa del agua conduce a una discriminación que aunque no sea manifiesta, existe. El CDESC (2003) trata el aspecto de accesibilidad del derecho, como el hecho de que tanto el agua, las instalaciones y los servicios relacionados con ella sean accesibles para todos sin discriminación en las siguientes dimensiones (párrafo 12 c)).

1.3.1 - ACCESIBILIDAD FÍSICA

El agua, las instalaciones y los servicios deben estar al alcance físico de toda la población. Cada hogar, ya sea vivienda permanente o alojamiento provisional; institución educativa o lugar de trabajo, debe contar con el acceso a un suministro de agua suficiente en cantidad y calidad para el consumo personal y doméstico. Si el acceso no se encuentra dentro de las instalaciones de estos, al menos debe ubicarse en sus cercanías inmediatas sin que la seguridad e integridad física de las personas se vea amenazada en el trayecto.

1.3.2 - ACCESIBILIDAD ECONÓMICA

Los cargos y costos directos o indirectos generados por el abastecimiento de agua deben ser asequibles. El marco internacional de los derechos humanos no establece expresamente que el suministro de agua deba ser gratuito, sin embargo, si contempla que si la persona o la familia no pueden pagar los servicios de agua potable y saneamiento, estos deberán ser gratuitos. El estado debe tutelar la satisfacción por lo menos de los niveles esenciales mínimos del derecho (OACDH, 2011: p. 12).

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNDU], propone que el precio que se ha de pagar por el servicio de agua potable y saneamiento no exceda del 3% del ingreso familiar (OACDH, 2011: p. 11).

2 Véanse los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consultable en Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

El CDESC (2003), señala que la asequibilidad del derecho debe ser garantizada por los Estados a través de políticas de precios bajos o incluso a título gratuito. Atendiendo al principio de equidad, el precio por el servicio de agua, sea este prestado por un ente público o privado, deberá estar dentro de las posibilidades de pago de todos, especialmente de los grupos menos favorecidos (párrafo 27). Sin embargo, sucede en la realidad que las personas con menor posibilidad de pago, son las que más caro acaban pagando el servicio, porque al no tener acceso a un suministro seguro de agua, tienen que comprársela a vendedores informales a un precio que excede entre un 20% y un 100% el que pagan las personas con mejores posibilidades económicas y que tienen acceso a agua corriente en sus domicilios a través de servicios municipales. Esta situación es inaceptable. Peor aún es el caso de aquellos que en una situación más³ agravada de pobreza, no tienen dinero para conseguirla a través de vendedores informales y tienen que recabarla de ríos llenos de basura y altamente contaminados, exponiéndose a enfermedades por contacto o consumo de agua contaminada y que llegan a quedar imposibilitados para su aseo personal y doméstico, incluso hasta para cocinar.

1.3.3 - ACCESO A LA INFORMACIÓN

Este aspecto comprende el derecho de las personas para solicitar, recibir y difundir información acerca de las cuestiones relativas al agua.

En este sentido, el CDESC (2003) ha manifestado que todas las personas, individual o colectivamente tienen el derecho de participar en los procesos de toma de decisiones que pudieran afectarles en el ejercicio del derecho humano al agua, debiendo proporcionárseles para tal efecto un acceso pleno a la información que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros respecto del recurso y su gestión. La participación popular sin discriminación alguna, es uno de los principios para la formulación y ejecución de las estrategias y los planes nacionales de acción respecto al agua y debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia respecto de dicho recurso (párrafo 48).

3 Véase en informe del Secretario General de la ONU con motivo del día mundial del agua del año 2011, consultable en: Ki-moon, B. (22 de Marzo de 2011). Mensaje del Secretario General de la ONU con motivo del Día Mundial del Agua. Recuperado el 04 de Mayo de 2019, de https://www.un.org/es/events/waterday/sgmessage_2011.shtml

2 - FUNDAMENTO JURÍDICO

El CDESC (2003) considera que el fundamento jurídico original a nivel internacional que reconoce implícitamente el derecho humano al agua, es el artículo 11 párrafo primero del PIDESC (párrafo 3), mismo que establece⁴:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”

La interpretación que el CDESC ha dado a través de la Observación General Número 15 (2003) a este artículo es que la palabra “incluso” indica que la enunciación dada de los derechos indispensables para la realización del derecho a un nivel de vida adecuado no es exhaustiva, sino que deja espacio en dicha categoría a otros derechos necesarios para su cumplimiento, entre ellos, sin duda alguna, el derecho humano al agua por ser su ejercicio una condición fundamental para la supervivencia, y por lo tanto un derecho indispensable para asegurar un nivel de vida adecuado (párrafo 3).

Por otra parte, de manera explícita, el derecho humano al agua ha sido reconocido por la ONU en diversas resoluciones emitidas a través de sus órganos, por mencionar algunas citamos las siguientes:

- La Asamblea General de las Naciones Unidas (1979), estableció en el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que los Estados partes adoptarán las medidas necesarias a fin de eliminar la discriminación contra la mujer, asegurando su participación en el desarrollo y sus beneficios en condiciones de igualdad con el hombre, tutelando particularmente el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, por lo que ve a “la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones” (párrafo 2, h)).

4 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue celebrado el 16 de diciembre de 1966 en Nueva York ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, y entró en vigor el 03 de enero de 1976, de conformidad con lo previsto por el artículo 27 del mismo instrumento. Esta información puede ser consultada en: ONU. (s.f.). Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Recuperado el 28 de Abril de 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

- El CDESC (1995), menciona en la Observación General Número 6, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, que la independencia de las personas de edad, “incluye el acceso a un alojamiento adecuado, comida, agua, vestido y atención a la salud” (párrafo 5 y 32).
- Otro documento en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas (1989) incluye el reconocimiento del derecho humano al agua, es la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 24, en el que exige a los Estados parte, combatir las enfermedades y la malnutrición, entre otras cosas, mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre” (párrafo 2, c)).
- Finalmente, la Observación General Número 15, publicada en 2003 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, misma que establece el contenido mínimo y los alcances del derecho humano al agua. Dicha resolución fue producto del 29° periodo de sesiones del CDESC, celebrado del 11 al 29 de noviembre de 2002 en Ginebra, Suiza; dentro del cual se abordó en las cuestiones para la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales [PIDESC], el derecho humano al agua contenido en sus artículos 11 y 12. Esta observación general, es una interpretación del PIDESC realizada por el CDESC, como órgano facultado por el mismo instrumento internacional para su interpretación, por lo cual constituye un imperativo a los Estados parte en la realización de las acciones tendientes al cumplimiento del derecho.

3 - RELACIÓN CON OTROS DERECHOS

El derecho humano al agua se asocia en primer lugar con el derecho a la vida y con la dignidad humana, también está relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud, el derecho a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, al medio ambiente y al desarrollo sustentable entre otros.

3.1. RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a. La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Basta con la lectura del artículo anterior para comprender que el derecho humano al agua es una condición previa para el ejercicio del derecho a la salud en todas sus facetas, ya que esta es resultado directo del acceso o la carencia que de este tenga una persona, al agua suficiente en cantidad y calidad para subsistir.

3.2 - RELACIÓN CON EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

En algunos aspectos, la relación del derecho al agua con el derecho al medio ambiente se da como resultado de la relación de aquel con el derecho a la salud, que ya anteriormente hemos justificado. El CDESC (2000) dispone que uno de los aspectos del derecho a la salud es la higiene ambiental, la cual implica el suministro adecuado de agua limpia y potable para propiciar las condiciones sanitarias básicas que evitan los riesgos de salud ocasionados por agua insalubre y contaminada (párrafo 15).

La buena salud de una persona depende de las condiciones de higiene y salubridad del medio ambiente en el que se desarrolla tanto natural como artificial, si estas son adecuadas el individuo gozará de salud, si no lo son, estará en constante exposición a agentes contaminantes que seguramente le ocasionarán enfermedades. El derecho humano al agua se relaciona entonces con el derecho al medio ambiente dado que el agua es un factor indispensable para que el ambiente en el que se desarrolla la persona tenga las condiciones adecuadas de salubridad, y así esta pueda gozar de una buena salud.

3.3 - RELACIÓN CON EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

La especie humana en general, depende de la agricultura para subsistir ya que es fuente primordial de alimentos, e incluso es la actividad que mayor consumo de agua demanda a nivel mundial, es decir, depende directamente de la disponibilidad de agua, y a su vez, las personas dependemos de la agricultura para poder alimentarnos.

La población mundial está en constante crecimiento, su seguridad alimentaria y nutricional depende del agua puesto que el incremento en la producción de alimentos para satisfacer las necesidades alimentarias y nutricionales del cada vez más alto número de personas en el planeta, implica mayor demanda de agua. La agricultura es el principal destino del agua dulce en el mundo, por lo que si no comenzamos a utilizar el agua de manera más sensata, especialmente en este rubro, persistirán la sequía, la hambruna y la inestabilidad política. La escasez del agua ha generado ya en varias partes del mundo la disminución de la producción agrícola, lo que agrava los riesgos y la imprevisibilidad en la situación de las personas que se dedican a dicha actividad.

El CDESC (2003), ha hecho hincapié en la relación del derecho al agua con el derecho a la alimentación especialmente por lo que ve a la importancia de garantizar a los agricultores en condiciones menos favorables, particularmente a las mujeres, un acceso sostenible y equitativo al agua y a sus sistemas de gestión para la ejecución de la agricultura de subsistencia (párrafo 7).

3.4 - RELACIÓN CON EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

El CDESC (1991) señala en la Observación General Número 4, que una vivienda adecuada ha de contar con los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, debiendo tener “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia (párrafo 8, inciso b)).

4 - POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN MÉXICO

Así, al haber estudiado los antecedentes en el ámbito internacional del derecho humano al agua, resulta oportuno entrar al caso México, en virtud de que el derecho humano mencionado, se constituye como uno de los derechos más importantes, y por ende, el Estado Mexicano se vio en la necesidad de reconocerlo en la norma fundamental.

Por ello, el reconocimiento de este Derecho no solamente trae como consecuencia el contenerlo en la Constitución, si no, el Estado lo debe garantizar por medio de acciones que sean congruentes con la capacidad de los ecosistemas, respetando en todo momento la sustentabilidad, y así poder generar legislaciones, apoyos económicos, sociales y/o ambientales.

En ese sentido, se reformó el párrafo quinto y se adicionó el párrafo sexto, recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 4o. ...

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. Párrafo adicionado DOF 28-06-1999. Reformado DOF 08-02-2012

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. Párrafo adicionado DOF 08-02-2012

Decreto que entró en vigor al día siguiente de su publicación, siendo publicado el 8 de febrero de 2012.

Si bien, dicha reforma fue un gran paso en el reconocimiento del derecho humano al agua, todavía quedan pendientes algunas cuestiones para garantizarlo, en primer aspecto, se encuentra el normativo, dado que por medio del artículo Transitorio Tercero, al Congreso de la Unión se le concedió un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas, sin que a la fecha se haya promulgado tal Ley.

Si bien es cierto, el Congreso ha discutido respecto a la Ley Ge-

neral que debe regular y garantizar el derecho al agua, estas discusiones no han resultado favorables.

Por otra parte, el proyecto del Fondo para la Comunicación y la Educación Ambiental, A.C. (FCEA), el portal “agua.org.mx”, nos da a conocer los problemas que prevalecen en México a pesar de la normatividad existente, entre los que se encuentran los siguientes:⁵

- Los hábitos y prácticas en el uso del agua, que son elementos que fomentan el desperdicio.
- La insuficiente capacidad de los municipios para satisfacer en cantidad y calidad los servicios de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.
- La falta de coordinación interinstitucional y de claridad en la competencia de la federación, los estados y los municipios.
- El rezago de tarifas y los subsidios que fomentan el desperdicio.
- Las malas condiciones de la infraestructura.
- Una gestión centralizada que impide una visión integral de cuenca en la que se fomente la participación ciudadana.
- La concesión de volúmenes superiores a la disponibilidad y las extracciones ilegales, sin sanciones.
- Los trasvases de una cuenca a otra con serias consecuencias ambientales y alto consumo energético.
- La contaminación de los cuerpos de agua por descargas legales, ilegales o no tratadas.

Así, México tiene grandes retos a partir de la positivización del Derecho Humano al Agua, ya que según el Programa de Monitoreo Conjunto (JMP) OMS/UNICEF, 5 millones de habitantes (4%) carecen de agua potable y 18.7 millones de habitaciones (15%) no cuentan con saneamiento mejorado (escusado o letrina higiénicos), y por su parte la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) señala que 9 millones de habitantes (7.5%) carecen de agua potable y 10.4 millones de habitantes (8.6%) no cuentan con alcantarillado.⁶

Cualquier cifra, nos deja entrever que México tiene mucho trabajo por hacer, para lograr que todos los habitantes tengan acceso al agua de manera suficiente, salubre, aceptable y asequible, derecho reconocido

5 Véase en Legislación del agua. Recuperado el 29 de abril de 2019, de <https://agua.org.mx/legislacion-del-agua/>.

6 Tomado de Centro Virtual de Información del Agua, 2017. Recuperado el 29 de abril de 2019, de <https://agua.org.mx/tus-derechos-sobre-el-agua/#contexto-nacional>

en la Constitución, sobre todo en el diseño de políticas públicas que garanticen este derecho.

5 - DERECHO COMPARADO

Se estima oportuno realizar un estudio comparativo entre la normatividad que regula este derecho en México, con el de otro país, para advertir que es lo que le hace falta a nuestro país para garantizar el acceso al agua al 100 %.

El país que usaremos como referencia será la República Oriental del Uruguay, en virtud de que al realizar su reforma Constitucional del artículo 47 con el plebiscito de 31 de octubre de 2004, se convirtió en el primer país del mundo en reconocer el derecho humano al acceso al agua potable y saneamiento, numeral que se agrega a continuación:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

CONSTITUCIÓN 1967 CON LAS MODIFICACIONES PLEBISCITADAS EL 26 DE NOVIEMBRE DE 1989, EL 26 DE NOVIEMBRE DE 1994, EL 8 DE DICIEMBRE DE 1996 Y EL 31 DE OCTUBRE DE 2004

Artículo 47².- La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:

a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.

b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.

d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable

7 Recuperado el 17 de Mayo de 2019 de <https://parlamento.gub.uy/documentosleyes/constitucion>

y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

Se puede inferir que el reconocimiento del derecho humano al agua en la Constitución del Uruguay, no fue por el solo hecho de plasmarlo en esta, si no que contempla los principios necesarios para dar acceso a este derecho a todos los ciudadanos, tan es así que, en lo que respecta al acceso del saneamiento por alcantarillado en el interior del país, el nivel alcanza al 47 % de la población, y si se le suman los servicios de las intendencias y el cuidado alternativo, se supera el 90 % de cobertura en saneamiento y el 99 % en acceso al agua potable⁸.

Lo que nos da la conclusión de que, la positivización de este derecho rindió frutos en el Uruguay, lo cual puede servir como ejemplo para México, en virtud de que, en el reconocimiento de este derecho se contempla la participación de los usuarios en las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos.

Por otro lado, tenemos que para la República Oriental del Uruguay la prioridad principal será el abastecimiento de agua potable a poblaciones; además, que los servicios de agua y saneamiento del país deben ser prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales y la prestación siempre será a favor de la sociedad; y no menos importante la Cámara podrá autorizar el suministro de agua a otro país, cuando se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

Lo que genera una diferencia abismal entre la forma en que se garantiza este derecho en ambos países, ya que México únicamente, comparando con

⁸ Tomado de Portal de Presidencia de la República Oriental de Uruguay. Recuperado el 17 de Mayo de 2019, de <https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/onu-informe-acceso-agua-potable-uruguay-latinoamerica-2019>

lo que hizo Uruguay, lo reconoce de una manera simple, sin generar obligaciones, sin establecer principios que puedan convertirse en políticas públicas, y si no hay principios, muchos menos habrá acciones tendientes a garantizarlo.

Porque una de sus obligaciones era crear una Ley General, que a pesar de las discusiones de nuestros Diputados y Senadores no se ha logrado concluir.

Así, Uruguay el 15 de septiembre de 2009 se creó la Ley Reglamentaria del artículo 47 de la Constitución, la que convirtió en políticas públicas los principios contenidos en este, naciendo la Ley N° 18.610 Política Nacional de Aguas, publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 2009 por medio del Decreto número 27845, la cual está integrada por 29 artículos, divididos entre las disposiciones generales, los principios, instrumentos, recursos hídricos, agua potable y saneamiento, participación, información y monitoreo y gestión, los cuales en la Constitución son los principios rectores del reconocimiento al derecho humano al agua.

Teniendo como objetivo primordial el asegurar la universalidad del acceso al agua potable y saneamiento; tan es así, que Uruguay tiene una Ley denominada “Ley No. 18.840 Ley de Obligatoriedad de Conexión al Saneamiento”, la cual como su nombre lo dice establece la obligatoriedad de conectarse a las redes públicas de saneamiento para todos los inmuebles con frente a redes existentes o futuras.

México tiene mucha tarea por hacer, la cual no será fácil, por lo que deberá ponderar los beneficios sociales sobre los económicos, como uno de los principios rectores de las políticas públicas, uno de los cuales Uruguay tomó.

Además de que no solamente deberá darse acceso al agua potable, si no que se deberá pensar a futuro y generar fuentes de generación del vital líquido.

6 - JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA

A partir de la concepción del derecho humano al agua en la Constitución, el Estado Mexicano asumió la obligación de garantizar y defender este derecho, así, al estar contenido en la máxima legislación del país, este y todos los derechos contenidos en la misma son defendibles a través de la denominada justicia constitucional.

Así, Enrique Uribe Arzate⁹, nos señala que la justicia constitucional está conformada por los instrumentos jurisdiccionales que tienen

9 URIBE ARZATE, E. El Sistema de justicia constitucional en México, México, 2006. Recuperado el 30 abril 2019, de http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LIX/sist_jus_const.pdf

como propósito la defensa y salvaguarda de la Constitución y que el calificativo de justicia constitucional está reservado para los procedimientos estrictamente jurisdiccionales que regulan la praxis estatal e imponen a las autoridades el apego de sus actos a la Constitución, así como para aquellos que norman la conformidad de toda la producción jurídica con los principios constitucionales.

En pocas palabras la justicia constitucional se debe entender como los medios de defensa previstos para la protección de la propia Constitución, y los derechos humanos de los mexicanos.

De esta forma, tenemos que los mecanismos de defensa contenidos en la Constitución para su propia protección son el Juicio de Amparo (artículos 103 y 107), las Controversias Constitucionales (artículo 105 fracción I), las Acciones de Inconstitucionalidad (artículo 105 fracción II), Declaración de Invalidez (artículo 105 fracción III) el Juicio Político (artículo 111), el Juicio para la Protección de Derechos Político Electorales del Ciudadano (artículo 99), Juicio de Revisión Constitucional Electoral (artículo 99), Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102, apartado B, último párrafo).

En consecuencia, podemos advertir que la Constitución tiene varios mecanismos de defensa, pero a pesar de ello, el juicio de amparo resulta ser el único medio de control que se aplica, ya sea para declarar la inconstitucionalidad de alguna ley y/o artículo, y por otro lado, para defender a los ciudadanos que tienen la titularidad de un derecho o interés legítimo de manera individual o colectiva, de los actos de autoridad que les genera un agravio personal y directo.

De ahí que por regla general los ciudadanos defiendan su derecho humano al agua a través del juicio de amparo, dado que se trata del medio de control constitucional más asequible para el gobernado.

A partir del estudio de las controversias que se presentan ante el Poder Judicial de la Federación se han emitido diversos criterios de interpretación del derecho en estudio, así, de los ejemplos que comúnmente se resuelven se encuentra el relativo a la suspensión del suministro del agua potable por falta de pago, criterio que ha sido adoptado por el autor en su función como Magistrado del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, al resolver respecto del otorgamiento de medidas cautelares impetradas por los accionantes en asuntos promovidos en los que se reclamen actos tendientes al cobro y corte de suministro por derechos del agua, misma que se concede para el efecto de que las cosas se mantengan en el Estado que actualmente guardan, y para que las autoridades

demandadas se abstengan de realizar acciones tendientes a suspender o limitar el suministro de agua potable como lo dispone el artículo 84¹⁰ de la Ley del Agua para el Estado de Jalisco y sus Municipios hasta en tanto cause estado la sentencia definitiva; siempre y cuando sea para uso personal y doméstico, tal como lo dispone el numeral 4º Constitucional, ya que al momento de que la autoridad no llegare a proporcionarlo se estaría atentando contra la dignidad, la sobrevivencia, la integridad física y vital de los promoventes, eso sí, sin dejar a un lado el contenido del numeral 67 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, mismo que estatuye los requisitos para la concesión de la suspensión.

Siguiendo la temática, destaca la Tesis Aislada Constitucional Administrativa VI.1o.A.100 A (10a.)¹¹ cuyo rubro es “*Derecho Humano de acceso al agua. Supuestos en que procede la suspensión del suministro por falta de pago del servicio para uso personal y doméstico (Legislación del Estado de Puebla)*” (cursivas añadidas), determinó que el Estado debe garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, suficiente y apta para el uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades. De esto se sigue que éste debe abstenerse de realizar cualquier práctica o actividad que restrinja o niegue el acceso al agua potable indispensable a cualquier persona (mínimo vital), siempre y cuando sea para uso personal y doméstico. Sin embargo, el servicio público de suministro de agua tiene un carácter oneroso y está fundado en la solidaridad de los usuarios; de ahí que la facultad de suspenderlo por falta

-
- 10 **Artículo 84.** Serán principios rectores en materia servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento, garantizar a los usuarios el suministro de un servicio de calidad aceptable al costo más económico posible, a efecto de promover y hacer efectivo el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, mediante:
- I. La distribución justa y equitativa de los beneficios y costos que generan los servicios de agua potable y saneamiento; y
 - II. El pago justo, proporcional y equitativo de las contraprestaciones de los servicios a cargo de los usuarios que aseguren su sustentabilidad técnica y financiera.
- 11 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis:VI.1o.A.100 A (10a.), Décima Época Libro 39, Febrero de 2017, Tomo III, Página 2191. Recuperado el 1 de Mayo de 2019 de https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=suspensi%25C3%25B3n%2520agua%2520personal&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=-2013754&Hit=1&IDs=2013754,2012408,2012100&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

de pago constituye una herramienta que se otorga al Estado para que esté en aptitud de proporcionar el líquido vital.

Por otro lado, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo en Revisión 5099/2017¹², en sesión de 17 de enero de 2018, entró al estudio de la restricción al servicio hidráulico, en la que el quejoso entre sus agravios hizo valer los correspondientes a que dicha restricción implica una denegación del suministro de agua que el Estado debe proteger y garantizar, según lo establece el texto del artículo 4º Constitucional, ya que pudiendo proporcionarlo, no lo hace; llegando a la siguiente conclusión:

“Lo anterior demuestra que, de manera contraria a lo que sostiene el recurrente, ni la restricción ni la suspensión del servicio de agua limita el acceso suficiente, salubre, aceptable y asequible del líquido vital, en los términos que prevé el texto constitucional, ni tampoco lo priva de su uso continuo. Antes bien, tal como lo señaló el Tribunal Colegiado, la medida establecida en la ley busca procurar la recaudación del derecho por un servicio que ya recibió el usuario y que además, tiene como finalidad su conservación, protección y restauración en cantidad y calidad, para toda la sociedad y en especial para quienes se encuentran en situación de marginación y menos favorecidos económicamente.”

De esta forma, tenemos que sí bien el Estado Mexicano debe garantizar el acceso al agua potable, el ciudadano que recibe la prestación de este servicio tiene la obligación de pagarla, y en su caso si hay una reducción en el suministro del líquido vital por falta de pago no se está violando su derecho humano, en virtud de que el Estado únicamente tiene la obligación de garantizarlo en forma de “mínimo vital”, lo que permita satisfacer las necesidades esenciales de las personas consistentes en beber, preparar los alimentos, conservar la salud y producir alimentos para el consumo familiar por ello, si se está en la situación de un comercio y no se han cubierto los pagos, el servicio puede dejar de prestarse, ya que el numeral 4º Constitucional únicamente establece el acceso al agua para un consumo personal y doméstico, y no para uso comercial.

12 Expediente 5099/2017, Tipo Amparo Directo en Revisión, Órgano de Radicación Segunda Sala, Ministro(a) Margarita Beatriz Luna Ramos. Recuperado el 1 de Mayo de 2019 de <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=5099&Anio=2017&TipoAsunto=10&Pertenececia=2&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0>

En este sentido se pueden dar muchas interpretaciones respecto al alcance del derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua, pero la mayoría concluye, que al ser únicamente para consumo personal y directo, los usuarios se encuentran obligados a pagar las contribuciones, pues a través de esto, el Estado puede gestionar los recursos hídricos así como su conservación.

Con base en lo esgrimido anteriormente, en el Amparo Directo en Revisión 5099/2017, se resolvió de la siguiente forma:

“Consecuentemente, esta Segunda Sala considera que los artículos 177 del Código Fiscal del Distrito Federal y 90 de la Ley de Aguas del Distrito Federal que establecen la restricción o suspensión de los servicios hidráulicos, por falta de pago de los derechos correspondientes, no vulneran el derecho humano de acceso al agua establecido en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en términos de los principios en que se sustenta la política hídrica nacional establecidos en la Ley de Aguas Nacionales, reglamentaria del artículo 27 constitucional, los usuarios del agua se encuentran obligados a pagar su uso explotación o aprovechamiento y, en ese sentido, las autoridades encargadas de la recaudación de los derechos con motivo de su gestión se encuentran facultadas para llevar a cabo la suspensión o restricción de los servicios hidráulicos sin que ello prive a los usuarios del vital líquido en la medida de que las propias normas establecen mecanismos a través de los cuales los usuarios podrán disponer de agua de forma suficiente, salubre, aceptable y asequible para cubrir sus necesidades básicas hasta en tanto cubran los adeudos correspondientes.”

Tenemos que el juicio de amparo en todas sus etapas, resulta ser un medio de control constitucional ejercitado por las personas en aras de garantizar el suministro del líquido vital, siempre y cuando se le dé un uso personal y doméstico, tal y como se establece en la Constitución Federal, ya que a pesar de ser un derecho humano, el ciudadano tiene la obligación de cuidarlo, y la autoridad por mandato no puede suspender su suministro de forma total y absoluta, por lo que al garantizarse en cantidad mínima, este derecho no se vulnera.

Siguiendo esta línea el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito en la

Tesis Aislada XI.1o.A.T.1 K (10a.)¹³, de rubro: “*Agua Potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional*”, estableció que el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.

Ante lo cual, la garantía de este derecho por parte del Estado, únicamente será en el sentido para consumo personal y doméstico, a pesar de que se cuente con algún crédito fiscal por la falta de pago de dicha prestación, ya que al privarse de manera total del servicio se contravenrían los principios que rigen el derecho al acceso del agua.

CONCLUSIONES

- El cumplimiento del derecho humano al agua demanda la creación de un contexto normativo que garantice a las personas su ejercicio desde las esferas más locales.
- La voluntad política y la movilización de recursos financieros a través de la presupuestación, son un factor determinante en el camino hacia la garantía del derecho en todos sus aspectos.
- Aún cuando es principal responsabilidad del Estado adoptar las medidas y acciones necesarias para el cumplimiento del derecho, los individuos son también un actor importante para su materialización, especialmente por lo

13 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.), Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Página 1502 Recuperado el 1 de Mayo de 2019 de https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2001560&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=100&Hasta=100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2001560&Hit=1&IDs=2001560&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

que ve al desarrollo de una consciencia de su uso y consumo con prudencia.

- Todo lo relacionado con el agua es ya un problema que requiere urgente atención, no estamos hablando de previsiones para el futuro si no de las acciones que en la actualidad son la causa de dichas predicciones y que constituyen ya un problema real; por lo que es oportuno que tanto los gobiernos de los Estados como la ciudadanía, tomen medidas acordes a la gravedad y emergencia de la situación en la que nos encontramos ya en materia de agua. La situación generada a nivel mundial debido a una gestión deficiente del agua basada en prácticas inequitativas e insostenibles que contaminan cada vez más el recurso escaso y lo distribuyen injustamente, demanda de manera urgente por parte de todos los Estados, la adopción de medidas necesarias para efectivizar el derecho de manera universal.
- El derecho humano al agua comprende aspectos tanto cualitativos como cuantitativos en relación al recurso para su uso y consumo humano con la finalidad de preservar la vida y la salud, en tanto falte alguno de los aspectos explicados a lo largo del presente documento, el derecho no será cumplido de manera efectiva, como tampoco lo será en tanto los Estados no prevean las garantías idóneas para su exigibilidad.
- Se garantizará el derecho al acceso al agua siempre y cuando sea para cubrir las necesidades básicas, en virtud de que este líquido vital debe ser cuidado por todos los ciudadanos.
- Deberá darse prioridad al abastecimiento de agua potable a la población sobre el medio económico, pensando en los grandes beneficios que se generaran en la salud, alimentación, vivienda.
- Por tanto, el Estado Mexicano debe que generar compromisos que nos benefician a todos, logrando garantizar el acceso al agua potable, siendo su tarea principal el crear por disposición Constitucional la Ley General de Agua, la que deberá contener las políticas públicas necesarias que nos conducirán a que el 100 % de la población tenga garantizado este derecho.
- No menos importante, las políticas deberán encaminarse a una gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico lo que constituye asuntos de interés general y prioritarios, en virtud de que entre más pase el tiempo, el vital líquido se contamina, se agota, se privatiza, entre otras cuestiones.

REFERENCIAS

ANNAN, K. (22 de Marzo de 2006). Mensaje del secretario General de la ONU con motivo del Día Mundial del Agua. Recuperado el 28 de Abril de 2019, de https://www.un.org/es/sg/annan_messages/2006/waterday2006.htm

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 08 de mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/sP/Professionalinterest/Pages/cescr.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Nueva York: ONU. Recuperado el 09 de Mayo de 2019, de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. ONU. Recuperado el 22 de abril de 2019, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1995). Observación General No. 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. Ginebra, Suiza: ONU. Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3592.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). Observación General Número 4. El derecho a una vivienda adecuada. Ginebra, Suiza: ONU. Recuperado el 09 de Mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (11 de Agosto de 2000). Observación General Número 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Ginebra, Suiza: ONU. Recuperado el 09 de Mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (20 de Enero de 2003). Observación general No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.) Recuperado el 05 de Mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>

Constitución de la República Oriental del Uruguay. (17 de Mayo de 2019)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (12 de Abril de 2019).

Consejo de la Judicatura Federal, Dirección General de Estadística Judicial. Recuperado 30 de Abril de 2019, de <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>

HOWARD, G., & BARTRAM, J. (2003). Domestic water quantity, service level and health. OMS. Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf

KI-MOON, B. (22 de Marzo de 2011). Mensaje del Secretario General de la ONU con motivo del Día Mundial del Agua. Recuperado el 04 de Abril de 2019, de https://www.un.org/es/events/waterday/sgmessage_2011.shtml

KI-MOON, B. (22 de Marzo de 2013). Mensaje del Secretario General de la ONU con motivo del Día Mundial del Agua. Recuperado el 05 de Abril de 2019, de <https://www.un.org/es/events/waterday/2013/sgmessage.shtml>

Ley número 18.610 Política Nacional de Aguas, de la República Oriental del Uruguay. (17 de Mayo de 2019)

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (Marzo de 2011). El derecho al agua. Folleto informativo número 35. Recuperado el 05 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

OMS. (2006). Guías para la calidad del agua potable (1er apéndice a la 3ª edición, Volumen 1. Recomendaciones). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/gdwq3rev/es/

ONU. (s.f.). Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Recuperado el 28 de Abril de 2019, de http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en

Semanario Judicial de la Federación. Mayo 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sistemas de Consultas. Sentencias y Datos de Expedientes. Recuperado 29 de Abril de 2019, de <http://www.2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>



RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE

ADRIÁN JOAQUÍN MIRANDA CAMARENA¹

CATHARINE BLACK LIPP JOÃO²

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Ingo Wolfgang Sarlet (Brasil)

Em um contexto internacional hostil à proteção do meio ambiente, está inserido o cenário nacional brasileiro, o qual é especialmente preocupante não apenas faticamente pelo desmonte da proteção ambiental, mas política e juridicamente pelo período vivenciado atualmente de redução gradual e sistemática dos níveis de proteção do meio ambiente.

A proibição de regressividade ambiental vem sendo inserida tanto na agenda internacional, quanto doméstica. Ainda que a ênfase e os níveis de realização concreta desse discurso jurídico possam ser distintos, de maneira geral identifica-se que as constituições ou legislações nacionais preveem não apenas um dever de proibição de regressividade, mas também um dever de correção e de melhoria em matéria ambiental, isto é, de aperfeiçoamento da sua proteção.

No Brasil, embora não mais se questione o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso, discute-se, em matéria ambiental, o seu conteúdo, alcance e tipo de vinculação. Dada a sua ampla função na arquitetura jurídica e no ambiente, trata-se de um princípio

- 1 Doutor em Derecho pela Universidad Carlos Tercero de Madrid (2006) e em Derecho Electoral pelo Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco (2016). Mestre em Derecho Constitucional y Amparo pelo Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (2001) e em Derecho Electoral pelo Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco (2011). Especialista em Derecho Constitucional y Ciencia Política pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia Española (2005) e em Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los derechos pela Universidad de Pisa (2013). Magistrado del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco desde 2014.
- 2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2019), orientada pelo Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho. Especialista em Direito Público pela mesma instituição (2019). Advogada.

que veicula principalmente deveres, na medida em que é instrumento de realização dos deveres de proteção constitucional do ambiente, de precaução, de justiça intergeracional.

Não se sustenta o discurso propagado no Brasil em prol de uma aplicação, em certa medida, cega deste princípio, a partir da mera importação desta categoria jurídica. Isso porque não existem direitos absolutos, já que todos os direitos e deveres coexistem e são harmonizados. Diante da existência de posições preferenciais, mais ou menos reconhecidas, a evolução mais sólida juridicamente é atribuir ao meio ambiente, por sua repercussão sobre todos os direitos, uma posição preferencial em termos de proteção e promoção, a qual deve refletir na ponderação em concreto. Daí porque a proibição de retrocesso só se instrumentaliza mediante um conjunto de critérios e outros princípios. Isto é, uma vez que os direitos fundamentais são entendidos como um sistema unitário, não se aplica a proibição do retrocesso sem segurança jurídica, proteção à confiança legítima, prevenção, precaução, sustentabilidade ambiental, proporcionalidade, proibição de proteção insuficiente. Sem esses critérios jurídicos adicionais que asseguram a devida operatividade à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional, o princípio da proibição de retrocesso é vazio, tão somente uma ideia força.

Em atenção à obrigação constitucional na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo as funções essenciais à Justiça) devem atuar sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ao meio ambiente. Nesse sentido, há, em linhas gerais, a vinculação da proibição de retrocesso aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e aos particulares. Não obstante, o modo de vinculação em cada das esferas é diferente, uma vez que esta deve se dar nos limites das competências e das funções de cada ator estatal. Assim, ainda que todos os entes venham a exercer os deveres de proteção aos direitos fundamentais e a aplicar a proibição do retrocesso, existem limites funcionais impostos pela própria Constituição ao *se* e *como* cada ente deve fazê-lo.

Nos tribunais superiores, existem diversos exemplos de aplicação e invocação do princípio da proibição de retrocesso, diante dos quais se verifica, em matéria ambiental, uma tendência mais protetiva ao meio ambiente. Cita-se a decisão, proferida em 2016, que, em caráter liminar, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.447/DF interposta em face do Decreto Legislativo 293/2015 que sustou os efeitos da Portaria

Interministerial 192/2015 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente. O referido ato do Executivo suspendeu os períodos de defeso (proibição temporária à atividade pesqueira para preservação de espécies nos quais os pescadores recebem o seguro-defeso, um auxílio financeiro do governo federal) previstos em determinados atos administrativos por 120 dias, prorrogáveis por 120 dias, com a justificativa de fazer a revisão dos períodos de defeso.

Em 2016, foi indeferido o pedido liminar, voltando, consequentemente, a vigorar, de imediato e com efeitos *ex nunc*, todos os períodos de defeso suspensos pela Portaria Interministerial. Em que pese a expressão “proibição de retrocesso” não tenha sido referida no texto da decisão, percebe-se que o Ministro Barroso serviu-se, em sua fundamentação, da aplicação deste princípio, no sentido de impugnar atos estatais que tenham como objetivo e/ou consequência a diminuição da proteção do meio ambiente. No caso, constata-se que a proibição de retrocesso em matéria ambiental pautou a atuação do Poder Judiciário.

No entanto, vem sendo objeto de discussões a vinculação do Poder Executivo ao princípio da proibição de retrocesso, já que esta está relacionada com atos de natureza eminentemente política e discricionária. A respeito do tema, aponta-se a ocorrência, por ato do Executivo, de uma fragilização substancial do órgão federal responsável pela fiscalização da proteção do meio ambiente, pois esvaziado em várias das suas funções e dos seus departamentos.

Uma vez fragilizada a capacidade de proteção do ambiente por medidas adotadas pelo Poder Executivo que resultem na redução desproporcional das estruturas organizacionais e procedimentais para consecução do dever de proteção ambiental, é preciso acionar o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Ressalta-se a relevância dos deveres de organização e procedimento pelo fato de que as formas mais importantes e realísticas de se proteger o direito fundamental são através de órgãos equipados e tecnicamente competentes para exercer fiscalização e controle e através de procedimentos adequados para tanto. Nesse nível de grave e evidente desmonte, tal tipo de discricionariedade plena, ou quase plena, não poderia ser um ato político insindicável, diante da proibição de retrocesso ambiental. Nesse sentido, seria possível cogitar o desenvolvimento de mecanismos de intervenção concernentes ao controle da Administração para que, nos casos em que se fizer necessário, possam os atores judiciários auxiliar na proteção do meio ambiente.

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL PERÚ COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE: BALANCE Y PERSPECTIVAS

TULA LUZ BENITES VÁSQUEZ (PERÚ)

1 - INTRODUCCIÓN

Responsabilidad ejecutora del Estado, le obliga a desarrollar medidas dirigidas a difundir y promover este derecho (medio ambiente), así como, diseñar políticas y programas conducentes a su protección jurisdiccional en los plazos que estas disponen.

2 - ACONTECIMIENTOS GRAVES QUE PONEN EN RIESGO AL MEDIO AMBIENTE

La protección al medio ambiente, demanda acciones concretas, responsabilidad de Estados, inversión inmediata y compromiso del ciudadano, pues es un problema que corresponde solucionar a las generaciones vigentes y futuras.

3 - EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL AMBIENTE

El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, se encuentra reconocido en el artículo 2 (del año 1993) de la Constitución Política del Perú, la palabra clave en el reconocimiento de este derecho es “debe ser equilibrado”, esto con relación a todos los componentes que integran el ecosistema promoviendo, entre ellos, la estabilidad necesaria para hacer viable la vida del hombre.

4 - EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL PERÚ 4.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMPARO EN EL PERÚ

Actualmente el Tribunal Constitucional, ha adquirido un rol tutelar y protagónico en la producción y creación de jurisprudencia que

integra el Estado Constitucional de Derecho, aportando a las esferas conceptuales del amparo.

4.2 - CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El amparo se presenta como la tutela especial de derechos calificados como ius-fundamentales, esto es, la tutela que brinda es de naturaleza constitucional y por lo mismo, la protección procesal que se dispensa tiene el carácter de tutela de urgencia, como una forma especial de tutela diferenciada.

4.3 - DERECHOS QUE PROTEGE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 28237 inc. 23 el amparo procede cuando se amenaza o viola el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

4.4 - ARTÍCULOS PERTINENTES DEL PROCESO DE AMPARO - LEY 28237

Da oportunidad a las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del derecho, la oportunidad de interponer amparo.

60 días para interponerlo, producida la afectación.

30 días para interponerlo, siempre y cuando se trate de una resolución judicial notificada.

La sentencia ordena la restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afectación.

Se deben establecer los efectos.

5 - EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ EN MATERIA AMBIENTAL

El Tribunal constitucional de Perú ha cumplido un rol activista, fijando reglas de manera clara para garantizar la defensa de los derechos ambientales.

El Tribunal Constitucional del Perú afirma que el contenido

constitucional del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

5.1 - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL MEDIO AMBIENTE

El constituyente al incurrir en dicho derecho tuvo como propósito catalogar el derecho como un derecho de la persona.

El Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como de prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

El derecho contiene la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica.

Contiene las obligaciones para los poderes de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute.

El Estado debe abstener de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente.

6 - LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO AL AMBIENTE A TRAVÉS DEL PROCESO DE AMPARO

El Amparo es un recurso rápido, al que se puede recurrir para obtener justicia.

Establece los mecanismos especializados para una verdadera protección de este derecho.

Obliga a ampliar su ámbito de tutela y relativizar algunos presupuestos procesales, pues en caso contrario el derecho se quedará sin la posibilidad de alcanzar una protección Judicial.

7 - A MODO DE CONCLUSIONES

Proceso constitucional de amparo ha permitido una tutela judicial efectiva en parte, la falla se observa que estos procesos demoran demasiado perdiéndose su identidad referida a la tutela de urgencia.

A INFLUÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL E ESTRANGEIRA NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS

ADRIANO SANT'ANA PEDRA (BRASIL)

A influência dos precedentes externos na interpretação do direito ambiental brasileiro é um tema que está em pauta especialmente na atual sociedade globalizada, em que as ações praticadas em determinado local podem ter repercussões em outros locais do planeta. Não há dúvida de que uma atividade poluidora dentro de um território pode acabar impactando a qualidade de vida no país vizinho. Embora não se defenda o fim das fronteiras, é preciso refletir sobre uma possível permeabilidade destas, inclusive daquelas relacionadas ao Direito.

É, nesse contexto, que alguns países mitigam a sua legislação protetiva justamente para atrair investimentos estrangeiros. Assim, ao se discutir uma universalidade de direito humanos, é preciso pensar também em uma universalidade de deveres humanos enquanto parâmetros mínimos. Faz-se, diante disso, necessário buscar, pelo menos, uma convergência em termos de normas ambientais.

Existem duas categorias de jurisprudência externa: a) decisões provenientes de cortes internacionais e b) decisões provenientes de cortes estrangeiras. Aquelas dizem respeito a cortes cujas decisões o país se comprometeu a cumprir e estas dizem respeito a decisões em países vizinhos que podem impactar o Estado brasileiro, por exemplo.

A Suprema Corte norte-americana, em decisão sobre a inconstitucionalidade da execução penal de pessoas portadoras de deficiência intelectual, já entendeu ser irrelevante a compreensão internacional sobre determinada questão, importando apenas o que a sociedade norte-americana pensa a seu respeito (*Atkins v. Virginia*, 2001). Por outro lado, ao decidir sobre a inconstitucionalidade da proibição de relação consentida entre pessoas adultas do mesmo sexo (*Lawrence v. Texas*, 2003), a mesma corte citou decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Nessas decisões citadas pela Suprema Corte norte-americana, a Corte Europeia de Direitos Humanos se baseou naturalmente na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 8º).

No Brasil, também existem situações parecidas, tal como a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada no julgamento da ADPF 187, que liberou a realização dos eventos conhecidos como “marcha da maconha”, na qual houve menções expressas a decisões de outros países, como o Canadá

e Estados Unidos. Ainda, nota-se que o Supremo Tribunal Federal, no caso sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo (ADPF 132), fez menção à decisão da Corte Constitucional italiana, ainda que o texto do artigo 29 da Constituição italiana trate de “cônjuges”, e não de “homem e mulher”, tal como expresso no artigo 226. § 3º da Constituição brasileira.

Esses exemplos demonstram que a utilização de decisões estrangeiras para a fundamentação das decisões no Brasil se dá sem nenhuma metodologia que esclareça o porquê da escolha de uma decisão de determinada corte em detrimento de outras. É preciso ter uma metodologia para evitar que, sem um critério objetivo, sejam escolhidas decisões de uma corte tão somente porque se gosta da decisão, da corte em questão ou mesmo do país no qual é proferida. No Brasil, ocorrem principalmente menções às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Alemão. Ainda assim, tais decisões estrangeiras normalmente constituem não a *ratio decidendi*, mas, sim, o *obiter dictum* das decisões brasileiras.

São argumentos favoráveis à interpretação de normas constitucionais ambientais à luz do Direito externo:

- i. Fonte: em muitos casos, os textos são copiados, possibilitando identificar uma similaridade textual no que diz respeito à proteção do meio ambiente.
- ii. Imparcialidade: uma espécie de véu de ignorância, para que a decisão não seja tomada porque vai beneficiar ou prejudicar alguém, mas, sim, porque habitualmente é tomada dessa maneira.
- iii. Qualidade: normalmente são feitas menções a cortes mais consolidadas e tradicionais.
- iv. Economia argumentativa
- v. Abertura pluralista
- vi. Globalização

Por sua vez, são argumentos contrários à utilização de decisões externas no Direito brasileiro:

- i. Narcisismo: a citação de decisões estrangeiras poderia ser identificada, na prática, como uma questão de vaidade a fim de demonstrar erudição.
- ii. Insegurança: a questão se relaciona diretamente à falta de metodologia anteriormente referida, na medida em que são obscuros os motivos da escolha por determinado tribunal estrangeiro como referência para a decisão tomada.
- iii. Evasão de responsabilidade: o tribunal brasileiro ficaria em uma situação de conforto fazendo menção à decisão de um tribunal estrangeiro.

- iv. Plágio: importação sem reflexão de uma decisão estrangeira
- v. Impropriedade: muitas vezes, os contextos fáticos e normativos seriam distintos.

Diante disso, para que decisões estrangeiras pudessem ser utilizadas no Direito interno, é necessária a observância dos seguintes aspectos:

a) a questão do âmbito normativo, isto é, se o contexto no qual ocorreu aquela decisão paradigma da corte estrangeira é o mesmo do Direito interno;

b) o programa normativo, ou seja, se há uma similaridade de textos, o que normalmente se identifica quando os países integram o mesmo sistema de proteção de direitos humanos;

c) o *status* da norma, isto é, se a comparação se dá entre norma constitucional interna e norma constitucional estrangeira ou entre norma infraconstitucional interna e norma infraconstitucional estrangeira.

IL CASO URGENDA: ASPETTI DI INTERESSE E SPUNTI DI RIFLESSIONE IN PROSPETTIVA GIUSPUBBLICISTICA

RICCARDO PERONA (ITÁLIA)

1 - DESARROLLO: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (2015)

El “caso Urgenda” surge de la acción presentada contra el Estado holandés por la Fundación Urgenda, un organismo de derecho privado establecido bajo el código civil nacional con el propósito estatutario de favorecer y acelerar la transición hacia un modelo de sociedad más sostenible, para que los Países Bajos, a través de la adopción de planes y medidas prevengan el cambio climático.

El Código Civil holandés, en el artículo 3: 303, establece que una persona física o jurídica tiene derecho a presentar una apelación ante un juez solo si tiene un interés personal y personal en el caso, pero continúa especificando que incluso una fundación o asociación con plena capacidad legal puede promover una acción relacionada con la protección de los intereses generales o colectivos de otras personas, en la medida en que la entidad misma represente dichos intereses con base en los objetivos

indicados en su estatuto.

En cuanto al fondo, el Tribunal decide el caso a favor de Urgenda, declarando que el Estado tiene la obligación de aumentar las medidas tomadas con el propósito de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos, asegurando que tales emisiones, por 2020, al menos un 25% más bajo que en 1990.

En este sentido, el Tribunal observa que las partes están de acuerdo en la gravedad y el alcance del problema climático y también en la necesidad de adoptar soluciones para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

De hecho, se observa que el sistema legal holandés no proporciona una separación perfecta de poderes entre el poder ejecutivo y el poder judicial y, por otro lado, la circunstancia por la cual la autoridad judicial no es elegida no perjudica su legitimidad democrática en la medida en que aplica reglas (nacional o internacional) emitido democráticamente. En este sentido, se exige a la autoridad judicial que garantice la protección legal de los derechos, incluso cuando exige que se opongan a las decisiones tomadas a nivel gubernamental, independientemente de la falta de una base de apoyo político para sus decisiones y en el marco de ejercicio del poder de revisión judicial.

Además, la decisión no impone ni prohíbe la adopción de medidas específicas, sino que solo reconoce que el Estado no ha demostrado que sería imposible cumplir con lo ordenado por la Corte, mejorando sus propias políticas al respecto.

2 - SIGUE: LA SENTENCIA DE APELACIÓN (2018)

En primer lugar, el juez de segundo grado se ocupa de lo que Urgenda planteó con la apelación incidental (par. 34 et seq.).

A este respecto, el art. 34 del CEDH no permite “acciones de interés público”. Sin embargo, el art. 2 y 8 del Convenio siguen siendo adecuados para integrar el art. 3: 305a del Código Civil Nacional, que establece la competencia de los tribunales holandeses en materia de demandas colectivas. El trabajo parlamentario relacionado con la redacción de esta disposición, sin embargo, confirma que también es capaz de legitimar acciones relacionadas con intereses “idealistas”, lo que confirma la existencia de un interés suficiente en actuar en manos de Urgenda (al tiempo que reafirma el sin fundamento de las objeciones del Estado a la supuesta inadmisibilidad de la acción en nombre de las futuras genera-

ciones holandesas, así como de los extranjeros presentes y futuros, ya que la acción aún es admisible incluso sobre la base de la representación de los intereses de las generaciones holandesas presentes).

El Tribunal luego analiza el contenido prescriptivo de los artículos 2 y 8 del CEDH (par. 40 y ss.), Reiterando que son capaces de establecer una obligación positiva por parte del Estado de proteger la vida personal y privada de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción: estos derechos están amenazados de manera inminente y directa del cambio climático, dada la gravedad de la situación representada.

La objeción de invasión de la esfera de toma de decisiones reservada para la discreción política no se considera fundada, ya que, según se afirma en la sentencia, la Corte está obligada a aplicar normas que tengan efecto directo que se encuentran en los tratados ratificados por los Países Bajos, como de hecho el art. 2 y 8 del CEDH, que forman parte del sistema holandés y prevalecen sobre las disposiciones internas en conflicto (párrafo 69).

A la luz de estos argumentos, el Tribunal de Apelación confirma la resolución de primera instancia.

3 - SEÑALES CRÍTICAS

El caso Urgenda ofrece pistas y solicita comentarios críticos desde múltiples puntos de vista, incluso trascendiendo el campo, en el que ciertamente el caso será recordado como un historiador, de la ley ambiental.

En este sentido, debe enfatizarse que el Tribunal parece recurrir a la fuente de vez en cuando o al hecho de que es más útil para el propósito de la decisión, sin que el proceso lógico-legal seguido necesariamente respete los criterios o al menos las características estilísticas. argumentos de reconstrucciones tradicionales.

En otras palabras, la idea fundamental es que la necesidad (también legal) de salvaguardar la naturaleza deriva del hecho de que esta es una condición indispensable para la prevención de consecuencias perjudiciales en las condiciones de vida de los seres humanos, tanto de las generaciones actuales como de aquellas futuro. En este sentido, los derechos protegidos son esencialmente los llamados derechos colectivos de “tercera generación” (incluso con la apertura a las futuras generaciones de personas que poblarán el planeta).

Particularmente curioso es cómo una Fundación privada de un país específico se considera un sujeto potencialmente exponencial y representativo de todos los ciudadanos del mismo país e, incluso, de toda la

humanidad, en relación con la protección de un objeto de protección que, para sufrir prejuicios, solo para todos los ciudadanos holandeses y para todos los hombres causaría daño.

En este sentido, sería necesario preguntar cómo se puede calificar el interés representado por Urgenda, por ejemplo, si podemos hablar de interés público, la acción propuesta, precisamente y entre otras cosas, en nombre de todos los ciudadanos de los Países Bajos, así como si de hecho la mera (y arbitraria) disposición de la norma de un Estatuto puede fundamentar adecuadamente la legitimidad para actuar en nombre de la humanidad. Incluso en estos aspectos, de hecho, parece posible decir que una mayor atención al aspecto dogmático por parte de los tribunales, con un argumento más preciso y desarrollado, no se habría echado a perder.

An aerial photograph of a modern cityscape, featuring a prominent building with a large, curved facade. The city is situated near a body of water, with other buildings and greenery visible in the background. The sky is overcast with grey clouds. The text is centered over the image.

CAPÍTULO V
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE
COMUNICAÇÃO



POR QUE OS QUE TÊM ARMAS DÃO PODER PARA QUEM NÃO AS TÊM? DISCUSSÃO SOBRE A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA CONCREÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

MAREN GUIMARÃES TABORDA¹

INTRODUÇÃO

Das inovações institucionais do Constitucionalismo (evolução do Humanismo), a ideia de Estado de Direito como previsibilidade na aplicação da lei e igualdade de todos perante a lei é uma das mais poderosas, e pressupõe a questão de saber por que os governos se autolimitam, ou “por que os que têm armas dão poder para quem não as têm?” Uma resposta possível é a de que os governos são induzidos a tornar previsível o seu comportamento para viabilizar a cooperação social, indispensável para a sobrevivência e coesão do grupo, já que à política (esfera da dominação, das ordens imperativas e das ações concertadas) se atribuem as finalidades de sobrevivência da comunidade e de asseguramento da convivência pacífica dos indivíduos em seu interior (TABORDA, 2017, p. 84). Daí os governantes precisarem de alto nível de cooperação voluntária por parte dos grupos sociais que possuem habilidades e recursos específicos, de modo que atuar no marco da legalidade produz benefícios de caráter político (HOLMES, 2008, p. 34).

Não há, todavia, um único conceito do que seja o Estado de Direito: o que a história produziu foi pelo menos quatro conceitos – ou modelos – de Estado de Direito: o *Rule of Law*, o *État Constitutionnelle*, o *Rechtstaat* e o estado econômico. Assim, por exemplo, a teoria do *Rechtsstaat* formulada pelos teóricos alemães, em um regime monárquico, guarda semelhanças com as ideias de Estado Constitucional de tipo fran-

1 Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha. Atualmente é Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha *Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais*. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br

cês e com o *rule of law* britânico, na perspectivação teórico-formal, mas com elas não se confunde. No Estado Constitucional de tipo francês, a tônica foi colocada em mecanismos políticos como controle parlamentar. No princípio do *rule of law*, existe um só direito no país e uma única ordem de tribunais para aplicá-lo. A teoria do *Rechtsstaat*, todavia, ante a impossibilidade de moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais (a burguesia alemã do séc. XIX não conseguiu impor, politicamente, as soluções liberais), perspectiva o Estado de Direito em torno de sua dimensão teórico-formal (princípio da legalidade da Administração e justiça administrativa) e o reduz a ‘Estado de legalidade’, compatível até mesmo com formas autoritárias de governo (NOVAIS, 1987, p. 13). No que respeita à identificação do Estado de Direito económico, é uma evolução da teoria jurídica nos últimos 30 anos, na qual é sublinhada, principalmente pelos economistas, a necessidade de contar com um sistema jurídico no qual os direitos de propriedade (em sentido económico) restam garantidos por meio de normas claras, construídas a partir de critérios de eficácia e eficiência, tribunais ágeis e autônomos, livre competição económica em todas as atividades, abertura para o exterior, etc. O Direito resta visto como um instrumento da economia e isso não é simples, na medida em que o Direito, ao contar com tradição, categorias e racionalidade próprias, constitui obstáculos que só podem ser superados com a transformação da linguagem jurídica. Nesse processo, o Direito perde autonomia, porque seu sentido geral resta definido por economistas e para a economia. “No fim das contas”, aduz Cossio, “se reclama um espaço privilegiado para o mundo privado, e daí, a redução do espaço do público” (COSSIO, 2008, p. 104).

A Constituição da República do Brasil, já em seu preâmbulo, afirma instituir no País o “Estado Democrático de Direito”, na esteira de algumas constituições latino-americanas, adotadas após regimes políticos de exceção, tais como a Venezuelana, de 1999, a Boliviana, de 1976 (e reforma de 1996) e a Peruana, de 1993. Nas palavras de Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, “o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo (...) passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade” (STRECK, MORAIS, 2013, p. 113). Com isso, a questão da democracia diz respeito à solução do problema das condições materiais de existência. Tal compreensão resulta da

construção de um ‘tipo’ histórico, a chamada ‘Constituição Democrática’, a mais notável criação do século XX, cuja primeira característica é ter incluído os conflitos sociais e econômicos na Constituição (FIORAVANTI, 2018, p. 182), ao mesmo tempo em que afirma a inviolabilidade ou intangibilidade das normas constitucionais e o equilíbrio dos poderes: de uma parte, o governo (*gubernaculum*) deve ter toda a força necessária para deliberar e impor a lei e governar com mão segura; de outra, a jurisdição (*iurisdictio*) deve ter a força necessária para tutelar os direitos, de modo a impedir que os poderes se imponham unilateral e arbitrariamente na esfera dos indivíduos e associações (FIORAVANTI, 2018, p. 194). Justiça social, tutela rigorosa da esfera individual, segundo as características da inviolabilidade e equilíbrio dos poderes são as promessas de tal modelo histórico de Constituição.

Devido à importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento integral da pessoa (educação) e para a formação da opinião pública, foi inserido na Constituição brasileira o Capítulo V, do Título VIII, da Ordem Social. Logo, verifica-se que o termo corresponde às atividades da imprensa, dos serviços de rádio (radiodifusão sonora), de televisão (radiodifusão de sons e imagens) e de comunicação social eletrônica. No que respeita ao direito fundamental à Comunicação, a enunciação constitucional não expressa, de modo exaustivo, as suas peculiaridades e os seus significados materiais, uma vez que o direito constitucional positivo, via de regra, normaliza tais direitos fora do título formal. O direito fundamental à Comunicação Social, assim, pode ser adequadamente descrito tanto como direito de liberdade (1ª Dimensão), direito econômico e social (2ª Dimensão) e direito à procedimentos abertos (direito à boa justiça, ao juiz natural, à transparência, ao respeito aos direitos adquiridos). Afirmção da liberdade de pensamento e expressão, restrições à liberdade de *merchandising* e à circulação de mercadorias podem ser justificadas para manter a liberdade de imprensa, num balanço de proporcionalidade em sentido estrito. O pluralismo político é o elemento determinante, que contribui à salvaguarda dos direitos de liberdade de expressão (RENUCCI, 1999, p. 349).

Nos termos da teoria dos sistemas, a Constituição é o local privilegiado de observação da interação entre o sistema jurídico e o sistema da política, e a Justiça Constitucional, elemento de medidas técnicas que têm por fim garantir o regular exercício das funções estatais e a concretização dos direitos fundamentais. Assim, à Justiça Constitucional cabe verificar a conformidade à Constituição; à Juris-

dição Administrativa, a legalidade da execução, de modo que, neste último caso, a verificação de inconstitucionalidade é indireta (KELSEN, 2003, p. 18; TABORDA, 2014, pp. 68-69).

Postas tais premissas, é objetivo desse ensaio avaliar a atuação do STF em casos concretos que acabaram conformando, ainda que parcialmente, o conteúdo do direito fundamental à Comunicação, por que neles, à toda evidência, restaram afirmadas as bases para a redução da complexidade social no tocante ao tema, ao mesmo tempo em que se produziram argumentos técnicos que não podem ser desconhecidos por novas decisões (incremento da complexidade do sistema). Sem pretensão de esgotar o assunto e para atingir o objetivo, organizou-se a exposição ao modo dedutivo, para, primeiramente, explicitar, em linhas gerais, as razões que levam os governantes a dividir o poder com os juízes e a organizar a Justiça Constitucional (1), e, a seguir, destacar os principais argumentos sobre o conteúdo do direito à Comunicação Social enquanto direito humano e direito fundamental (2), para só então, avaliar casos concretos à luz de tais teses (3). O caminho (método) escolhido para testar as hipóteses é o dedutivo (das teses para os casos), e o procedimento, comparativo, de textos normativos e posições doutrinárias. As conclusões parciais vão sendo registradas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

1 - GOVERNABILIDADE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

De acordo com Holmes, “um sistema legal imparcial e equitativo haverá de surgir ou não, se fortalecerá ou se debilitará ou poderá ampliar ou reduzir seus alcances tanto quanto mudem os objetivos e prioridade dos governos e os parâmetros em que baseiam seus cálculos” (HOLMES, 2008, p. 35). Com base na lição de Maquiavel, Holmes ainda sustenta que os governantes se aferram a procedimentos inconstitucionais quanto antecipam que os benefícios de tornar previsível seus comportamentos são *menores* que os benefícios que poderiam obter com uma atuação arbitrária. Por conseguinte, em muitas situações, manter a instabilidade pode ser uma estratégia, e daí, o governo da lei é fenômeno “historicamente raro” (HOLMES, 2008, p. 36).

No particular, é preciso destacar que a concepção liberal de igualdade perante a lei está inserida na ficção de que os agentes primordiais da sociedade são os indivíduos, e não os grupos, e, assim, as políticas distributivas que eventualmente se estabelecem resultam diretamente da

assimetria de poder entre os interesses organizados. Em resumo, a lei não se aplica da mesma forma para todos, porque, nas sociedades reais, são as associações, os grupos intermediários entre a “Sociedade” e o “Estado” que detêm o poder. Hannah Arendt já o disse: o poder pertence ao grupo, e só existe enquanto o grupo se encontra unido (ARENDR, 2001. p. 36).

Quando a autoridade política aceita as restrições constitucionais ao seu poder com a finalidade de obter a cooperação voluntária dos cidadãos, fica sem incentivos para tratar todos os grupos de forma igual, uma vez que necessita da cooperação de certos grupos mais do que de outros (HOLMES, 2008, p. 36). Isso é histórico: os governos respondem seletivamente aos grupos com influência política, com interesses mais bem organizados, isto é, capazes de se defender por si mesmo. Direitos de proprietários, por exemplo, se consolidaram muito antes dos direitos dos trabalhadores; normas que asseguram as prerrogativas masculinas e a sujeição feminina foram estabelecidas muitos antes das normas que asseguram as posições das mulheres, e assim por diante. As leis, portanto, funcionam nos dois sentidos, pois podem proporcionar previsibilidade aos estratos socialmente privilegiados, e aos despossuídos, oferecer garantias “erráticas” (HOLMES, 2008, p. 37). Consequentemente, quando um número amplo e diverso de agrupamentos possui algum grau influência política, os cidadãos comuns têm a capacidade de somar instrumentos legais aos meios extralegais que usualmente empregam para proteger os seus interesses, constituindo o que na linguagem da filosofia política se chama “pluralismo assimétrico”. Em suma, os membros dos grupos politicamente influentes recebem mais garantias que os membros dos grupos politicamente insignificantes, vide o caso dos indígenas no Brasil (TABORDA; SPAREMBERGER, 2019) e daí resulta que o poder que têm os grupos sociais não é equivalente. Na medida em que os privilégios e poder dos ricos decorrem do grau de controle que tenham sobre determinado território, estes se vêm motivados a proporcionar, para todos, incluindo os pobres, algum grau de inclusão política, certeza legal e segurança nas transferências econômicas.

Nestas condições, refazendo-se a pergunta de outro modo – por que os políticos outorgam poder aos juízes? – podem ser articuladas as seguintes respostas: a) a política não satisfaz a “fome” de Justiça, que exerce pressão sutil (resposta normativista) e, b) os políticos querem maximizar sua capacidade de se subtrair de suas responsabilidades e de seu poder, isto é, os políticos cedem o poder porque não o querem e porque têm outras coisas para fazer e, daí, a independência judicial tem que ser

real e não aparente. A grande contribuição do primeiro constitucionalismo – o inglês – foi justamente a separação entre ‘governo’ e ‘jurisdição’, de modo que os poderosos anseiam por desfazer-se de poderes específicos, como aqueles que podem incentivar “ódios e ressentimentos perduráveis” (HOLMES, 2008, p. 43). Há vantagens de caráter político, pois, na especialização funcional. A redução da responsabilidade ocorre por meio de uma autêntica delegação de poder ao “ramo menos perigoso do poder estatal”, o Judiciário. Com efeito, preconizou Montesquieu que a autoridade executiva se exerce sobre as coisas momentâneas, e a judiciária, na solução de casos particulares, mediante a rigorosa aplicação da lei. O poder judicial, “de algum modo, nulo”, reproduz a estrutura social, de modo que não é mais nem menos político do que o poder legislativo ou o poder executivo (MONTESQUIEU, 1979, p. 100), e implica os outros dois, mesmos que os juízes não sejam mais do que “a boca que pronuncia as sentenças da lei” (MONTESQUIEU, 1979, p. 101).² Por isso, é melhor para o “príncipe”, disse Maquiavel, renunciar ao poder judicial, pois este não estimula lealdades nem mobiliza apoio político. O exercício do poder judicial produz consequências negativas, tais como ressentimentos nos castigados e nenhuma consequência positiva, como a lealdade daqueles que foram tratados com justiça. Essa é a lição da evolução constitucional romana: as restrições constitucionais ao poder político se desenvolveram quando os privilegiados entraram em pânico diante a possibilidade de mortíferas revoltas urbanas. Assim, mesmo os poderosos precisam da cooperação para alcançar seus propósitos, de modo que, em tempos de paz, o governante sábio outorgará aos pobres e vulneráveis procedimentos legais equitativos, participação democrática e direitos de propriedade. Políticas distributivas são, portanto, aposta estratégica, por meio das quais as elites políticas e econômicas asseguram hoje a cooperação de quem necessitar amanhã (HOLMES, 2008, p. 47).

Na atualidade, é no âmbito do poder judicial que resta afirmada, no mais das vezes, a supremacia da Constituição, entendida como o complexo de princípios, direitos, valores, deveres – regra fundamental – que conforma o Estado e o Governo (repartição espacial e funcional de competência) e institui um sistema de fontes do Direito. Os fins são a garantia

2 Esta expressão de Montesquieu é mais bem compreendida se for considerado o ambiente da França pré-revolucionária, em que os “Parlamentos” eram os órgãos julgadores ligados ideologicamente ao Antigo Regime. Os homens da revolução consideraram os juízes - que estavam autorizados a revisar ou a rejeitar as ordenanças e editos reais - “rivais do poder administrativo, perturbando suas operações, embaraçando, estorvando seus movimentos e agitando seus agentes” (VELLEY, 1989, p. 768).

dos requisitos essenciais da pacífica convivência da sociedade política e o asseguramento de sua estabilização e perpetuação no tempo, no *devenir* histórico (MEZZETI, 2015 p. 163). A Constituição possui, pois, caráter normativo: Estado legal é o Estado de Direito, com fundamento no Princípio da Legalidade. No Estado Constitucional, expressão histórica muito utilizada na cultura constitucional da Europa Continental, e no Brasil, por Almiro do Couto e Silva,³ encontra o seu fundamento no princípio da legitimidade constitucional. A semente está em Grocio e Locke e na experiência dos pais fundadores dos EUA (Federalistas), que definem em particular o preceito segundo o qual a Constituição é norma jurídica fundamental da organização jurídica do Estado (MEZZETI, 2015, p. 164). A rigidez constitucional é a garantia, segundo a configuração das constituições europeias da segunda metade do século XX. Objetos são a proteção do território, da soberania, do regime democrático inclusive contra os particulares que pretendem a subversão da ordem, caso da legislações antiterrorista adotadas em várias nações, após o atentado de 11 de setembro de 2001, à Torres Gêmeas, em Nova Iorque.

O verdadeiro objeto da tutela são os princípios fundamentais que caracterizam a forma de Estado e a constituição material do ordenamento, afirma Mezzeti (MEZZETI, 2015, p. 165), e as modalidades de proteção, os critérios que organizam o Estado-aparato, como a separação de poderes, o Estado Federal ou Regional; a salvaguarda da estrutura organizativa (controle sobre órgãos e atos) e relações interorgânicas e intersubjetivas. Instrumentos técnicos são a rigidez constitucional, revisão com procedimento mais complexo e com limites, caso do art. 60 da Constituição Brasileira, a disciplina constitucional e legislativa dos estados de crise e de emergências internas e externas, a disciplina constitucional e legislativa das relações econômicas, com autoridades de regulação e controle – autoridades administrativas independentes, corte de contas etc., - com participação dos órgãos representativos das diversas categorias produtivas e sociais. É instrumento de proteção, da mesma forma, a disciplina constitucional e legislativa penal dos instrumentos de proteção do poder constituído, “realizada através da configuração e sanção dos delitos políticos”, assevera Mezzeti (MEZZETI, 2015, p. 165). O controle de legitimidade recai sobre atos legislativos ou com força de lei, e pode ser político ou jurisdicional, e estes formam “os dois instrumentos principais (ainda que não exclusivos) que a justiça constitucional preordena para

3 COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

a proteção da Constituição” (MEZZETI, 2015, p. 166). O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não se identifica acriticamente e mecanicamente com a jurisdição constitucional: é a sua manifestação mais importante. O autor ainda traz à luz posição de Rubio Llorente, que combina a concepção subjetiva ou formal (a justiça constitucional é aquela exercida pelas cortes constitucionais, independente da matéria examinada) com a concepção material ou substancial, segundo a qual a justiça constitucional conhece o conjunto das atividades dos poderes públicos (posição kelseniana).

Capeci já apontara manifestações da justiça constitucional, diversas do controle de constitucionalidade, tais como a tutela dos direitos fundamentais, o controle sobre a legitimidade constitucional dos partidos políticos, juízo de acusação do Chefe de Estado e ministros e juízo sobre conflito de competências. A realização efetiva dos direitos fundamentais, sua concretização, se dá por meio de instituição diferenciada e reforçada, por sua estrutura e seus efeitos, radicalmente diferentes dos que perseguem os juízos ordinários. As normas constitucionais ficam garantidas por um processo especial (CAPELETTI, 1961, p. 5)

Marcic, citado por Mezzeti, individua sete funções para a justiça constitucional, quais sejam, a tutela dos direitos e liberdades fundamentais, a garantia da paz interna e da unidade política; a tutela da comunidade estatal; garantia da democracia; verificação preventiva de legitimidade de projetos de lei; instância jurisdicional suprema; guardião da lei, custódia da Constituição, em suma, garantia do ordenamento constitucional objetivo (*apud* MEZZETI, 2015, pp. 167-168).

De acordo com Vergottini, em trabalho que avalia os sistemas de justiça constitucional comparados, as modalidades de defesa da constituição são conexas à concepção organizativa dos poderes públicos em cada ordenamento que escolhe, segundo suas tradições, a qual(is) órgão(s) estatal(is) cabe tal atribuição e as modalidades dessa garantia, que vão desde a defesa do território e da população, da forma de Estado, até da constituição material do ordenamento, segundo critérios gerais (VERGOTTINI, 2013, pp. 316-318). Segundo o autor, “a exigência de conservação de cada ordenamento se manifesta na tutela das instituições que caracterizam a constituição material.” Em sentido lato, primeiramente os critérios estruturais do ordenamento oferecem essa tutela. Separação de poderes, articulação dos órgãos de poder, controle recíproco são os exemplos. Em segundo lugar, podem estar previstas modalidades formais destinadas à tutela, como a rigidez constitucional, com a instituição de

órgãos e procedimentos para a revisão. Ademais, comportamentos globais de um órgão constitucional e atos praticados podem ser confrontados com a Constituição. Em terceiro lugar, formas específicas de tutela são oferecidas pelas normas de proteção aos poderes constituídos, seja em nível constitucional, seja em nível legal. A proteção da constituição pode constituir, finalmente, a repressão de violações aos preceitos constitucionais (VERGOTTINI, 2013, p. 321).

Enfim, se as próprias sociedades contemporâneas são resultados de si mesma (operações de comunicação em sua estrutura), todos os sistemas da política também o são, de forma que a democracia pode ser entendida como a “improvável aquisição evolutiva do sistema da política”, sendo, pois, o ponto de referência para a elaboração política da complexidade da sociedade (DE GIORGI, 1998, p. 51).

Com isso, se pode definir o estado constitucional como a organização do sistema político em que o uso arbitrário do poder político é controlado por meios de instrumentos do próprio sistema, superados o direito natural e o universalismo da moral social do bem comum, como decorre do projeto iluminista da democracia, que o vincula à positivação do direito e à institucionalização dos direitos fundamentais por meio das constituições (DE GIORGI, 1998, p. 56). O direito à Comunicação Social é um direito humano e um direito fundamental, assegurado nas ordens internas por meio das constituições. Há que se verificar seu conteúdo.

2 - CONTEÚDO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Comunicação não corresponde a um ato isolado, mas a um processo mais amplo. A atividade de comunicar ou comunicar-se é o consequente resultado, o objeto comunicado, ou ainda a posse deste pelo interessado. Em que pese o termo seja muitas vezes utilizado em equivalência à “informação”, há diferenças perceptíveis. “Informar” significa formar, por/a partir de dentro, algo que tem forma, mas que ainda não foi expressado, sendo somente uma espécie de configuração. Quando alguém torna essa forma comum, compartilhada, dá-se a comunicação. Por isso, o conceito de “informação” estaria contido no de “comunicação” (FERREIRA, 1997, pp. 66-68; LEHMANN, 1982, pp. 83-84).

A comunicação no Estado moderno foi desenvolvendo conforme a própria evolução do Estado. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe as liberdades de opinião, expressão e de

imprensa, essas a serviço de um Estado Liberal. Refere Habermas que a Revolução Francesa foi o ponto de partida para uma politização da esfera pública (HABERMAS, 2014, pp. 39-40). Já no século XX, alguns textos normativos internacionais tratam sobre o tema, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969). A Declaração Universal traz em seu artigo XIX a liberdade de opinião e expressão de todo o ser humano, incluindo a liberdade de receber e transmitir informações por quaisquer tipos de meios. A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969), em seu artigo 13, também garante a liberdade de pensamento e expressão e dá ênfase à proibição da censura, explicitando a proibição de restrição do direito de expressão através dos meios de comunicação. Ainda, destaca-se o papel da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000, que traz importante destaque ao acesso à informação, à restrição à censura prévia, à proibição aos monopólios e oligopólios de mídia e às outorgas estatais de concessão de rádio e televisão com objetivo de pressionar, castigar, premiar ou privilegiar os comunicadores sociais e os meios de comunicação em função de suas linhas de informação.

A partir dessas cartas internacionais é que se discute a existência de um direito à comunicação, mais abrangente que a liberdade de expressão e o direito à informação. A comunicação não é um processo de mão única e por isso, pressupõe alguns mecanismos. A ideia de um direito à comunicação engloba esses instrumentos e inclui o direito à diversidade de uma mídia plural, o acesso equitativo aos meios de comunicação de massa, o direito de praticar e expressar a cultura, o direito a participar de decisões públicas, o direito de acesso à informação, o direito de não restrição de conteúdo, bem como o direito à privacidade. Segundo Arianna Stagni Guimarães, o direito à comunicação abrange, dentre outros direitos, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação. Entende também que a liberdade de pensamento antecede esse direito, uma vez que ela é prévia, permitindo ao indivíduo pensar, julgar e realizar movimentos de forma consciente (GUIMARÃES, 2013, p. 61).

A comunicação hoje ocupa todos os espaços da vida, estrutura os valores, define a agenda pública, dá uma conotação valorativa à realidade existente, dizendo o que é bom e o que é verdadeiro, razão pela qual aquele que aparece na mídia é confiável. É ela que define qual a pauta de discussão nacional, qual informação será ou não transmitida, podendo

escolher os temas de tal forma que, somente assuntos que lhe interessam sejam divulgados (GUARESCHI, 2013, p. 36).

Já Ronald A. Lehmann defende o direito à comunicação como um direito da nova era dos direitos humanos, em que pese faça referência à existência de debates sobre a legitimação de considerar a comunicação como um direito humano (LEHMANN, 1982, pp. 86-87). Por sua vez, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, desvinculado de qualquer ordem constitucional nacional e que, assim, aludem a uma validade universal, expressando o caráter supranacional (SARLET, 2014, p. 263). Ocorre que as liberdades de pensamento, de expressão, de reunião, dentre outras, já faziam parte da primeira geração dos direitos humanos, mas de forma restritiva (GUARESCHI, 2013, p. 23). Todavia, a garantia dessas liberdades pressupõe a existência de um direito humano à comunicação, destinado à dar acesso ao indivíduo na esfera pública, a fim de que este tenha a possibilidade concreta de exercer a liberdade de expressão que lhe foi concedida, a dar e receber informações, acessar os meios de produção e difusão da informação, e ter a possibilidade de produzir e veicular essas produções.

Positivados na ordem interna, os direitos fundamentais apresentam caráter duplo, pois são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos do particular, garantia da “liberdade de um âmbito de vida”, como aduz Hesse (HESSE, 1998, p. 228), e, ainda, elementos da ordem objetiva da coletividade: garantias de direitos não individuais e direitos fundamentais organizados como direitos subjetivos. Assim, os direitos fundamentais produzem efeitos que asseguram *status* ao particular (sua situação jurídica) e os objetivos da ordem democrática, ganhando “realidade primeiro pela atualização daqueles direitos subjetivos” (HESSE, 1998, p. 230).

Prescindindo de inventariar detidamente as teses sobre a natureza e conceito dos direitos subjetivos públicos e as críticas à tese de Jellinek, adota-se, neste ensaio, a concepção de Hesse, segundo a qual as normas de direito fundamental criam, para o cidadão, um *status* jurídico material, cujo conteúdo não está ilimitadamente disponível, nem para os particulares, nem para os poderes públicos (TABORDA, 2019b, pp. 111-116; HESSE, 1998, p. 230; ALEXY, 1997, p. 247).

Por conseguinte, a Constituição enumera liberdades concretas e as limita, por distintas reservas, cuidadosamente graduadas. Tal *status* jurídico-constitucional não é reconhecimento de *status*, de liberdade

e de igualdade pré-jurídicos, ou pré-estatais: “sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um status concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade”, afirma Hesse (HESSE, 1998, p. 232). Os direitos fundamentais só se tornam reais em conexão com o todo do ordenamento jurídico, pois só a ordem democrática e estatal-jurídica é capaz de fazer com que o *status* do particular, garantido por tais direitos, ganhe configuração e realidade.

Garantias pontuais, os direitos fundamentais muitas vezes se associam, em uma relação de especialidade, de modo que um direito fundamental concretiza as garantias de outro direito fundamental, constituindo conexões materiais essenciais, como no caso da liberdade de opinião e de associação ou da liberdade de opinião e de reunião.

O direito fundamental à Comunicação está associado, primeiramente, em nosso sistema constitucional, à liberdade de opinião (política e espiritual), que implica a liberdade de manifestação e a liberdade de informação, a liberdade de imprensa e a proibição de censura. Por um lado, tal direito fundamental é direito de defesa e de cooperação; de outro, é prescrição de competência negativa e elemento constitutivo da ordem jurídica objetiva: sem liberdade de manifestação de opinião e liberdade de informação – liberdade dos meios de comunicação de massa – não pode nascer uma opinião pública livre, nem haver iniciativas pluralistas; não é possível a formação preliminar da vontade política, publicidade dos atos de poder, oportunidade igual das minorias, isto é, não se desenvolve um processo político livre e aberto. A liberdade de opinião é mesmo constitutiva da ordem democrática: só o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e cooperar no processo democrático (TABORDA; ZANDONÁ, 2018).

Em tais condições, a concreção do direito fundamental à Comunicação no Brasil é deveras complexa, porque estão contrapostos, no âmbito material regulado (a atividade de Comunicação Social), poderes e interesses não equivalentes. A informação é, nas sociedades complexas, um valioso bem econômico e político, para além de ser recurso estratégico na sociedade de mercado. No Brasil, na medida em que a exploração dos *media* se dá por grupos empresariais privados, com frequência, a pauta política é discutida com base nos interesses destes e seus representantes parlamentares. Nos processos eleitorais mais importantes, é decisiva a propaganda veiculada pela grande im-

prensa. Assim, se a liberdade de expressão só pode exercer-se através dos veículos de comunicação, não faz sentido que estes continuem a ser explorados como bens particulares. “Os veículos de expressão coletiva devem ser instrumentos de uso comum de todos”, afirma Comparato, pois a humanização da vida social depende, atualmente, “muito mais da criação de mecanismos de realização ou de garantia dos direitos do que do enunciado de meras declarações” (COMPARATO, 2001, p. 152).

Os casos a seguir discutidos revelam tal complexidade. No primeiro grupo de casos, fixaram-se as bases da exploração do serviço de tv por assinatura, e aí, houve a concreção do direito fundamental como direito de defesa e cooperação. No segundo bloco discutido, as controvérsias foram parcialmente solucionadas, porque esteve em jogo não só a concreção do direito fundamental como direito subjetivo e garantidor das posições particulares, mas, principalmente, o processo político livre e aberto, que é o âmago da Constituição Democrática.

3 - CASOS CONTROVERTIDOS: “ONDE O DIREITO MORDE A VIDA”

Considerando que cabe à Justiça Constitucional reagir de modo específico às irritações entre o sistema da política e o sistema jurídico, e que o faz seletivamente (conforme a pressão social a que está submetida), é possível distinguir (observar) a atuação do STF no que respeita à concreção do direito à Comunicação Social diante de conflitos de interesses de diversas ordens. No que diz aos interesses dos proprietários de meios de comunicação de massa, foram os primeiros a ser normalizados; já os interesses dos grupos sociais e da sociedade como um todo, de controlar e fiscalizar as atividades de Comunicação Social, que sequer chegam ao debate na esfera pública sob o argumento de isso configura censura, restaram minimizados. Com efeito, não há ainda no Brasil a problematização e o aprofundamento da discussão no sentido de assumir que as normas constitucionais operam como instrumentos às garantias de liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de informação jornalística, à proteção da educação, da cultura e da família, no intuito de possibilitar às diversas correntes de pensamento voz garantida.

Os primeiros casos tratam de ações diretas de inconstitucionalidade sobre a Lei 12.485/11 – Novo Marco Regulatório da Televisão por Assinatura; os demais, sobre o direito à comunicação ser constitutivo da ordem jurídica objetiva, pois sem liberdade de manifestação de opinião e

liberdade de informação – liberdade dos meios de comunicação de massa – não pode nascer uma opinião pública livre.

A decisão da ADIN 4923-DF, julgada em 08/11/2017, cujo relator foi o Min. Luiz Fux, abrangeu a ADIN 4747, proposta pela NEOTV, a ADIN 4.756, proposta pela ABRA e a ADIN 4.923, pela ABTVU. Os argumentos dos autores, nas quatro ações, foram: a) a lei viola a livre iniciativa e a livre concorrências, com a imposição de restrições que imputam desproporcionais; b) há configuração de censura prévia à liberdade de expressão, pela exigência contida no artigo 12, que fixa deveres instrumentais de colaboração, e à liberdade de criação audiovisual no interesse do consumidor. Quanto ao artigo 16, também questionado, os autores alegaram que o art. 221 da Constituição não se aplicaria “à comunicação social condicionada”, que a obrigatoriedade de veiculação de conteúdo brasileiro “fere a liberdade do consumidor, que adquire programação específica que bem lhe agrada”, para além da violação da livre iniciativa e da liberdade de expressão, bem como restringir a lei o “direito de liberdade da comunicação social” (STF, 2017, p. 15).

Apontada, da mesma forma, inconstitucionalidade do art. 17, sob o argumento de que a lei estaria fazendo discriminação não prevista na Constituição, no que tange às atividades de empresa de capital estrangeiro. Finalmente, foi veementemente impugnado o art. 36, que prevê sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento de quaisquer obrigações impostas, que vão desde a advertência (inciso I) até o cancelamento do credenciamento (inciso IV), passando por multa, inclusive diária (inciso II) e suspensão temporária do credenciamento (inciso III).

Na decisão, restou definitivamente assentada a competência do Congresso Nacional para normalizar o âmbito da Comunicação Social, a quem compete privativamente dispor sobre telecomunicações e sobre os princípios constitucionais incidentes sobre a produção e programação, nos termos do art. 221 e 222, parágrafo 5º, da Constituição da República. Também afirmado que a revisão judicial dos marcos regulatórios, em sede de jurisdição constitucional, deve respeitar a investidura política que caracteriza a legislação e observar a complexidade técnica inerente ao tema, isto é, deve ser considerada a “natureza das coisas” ou “âmbito material regulado”.

Fixado, igualmente, que as diretrizes constitucionais antitrustes (art. 173, § 4º e art. 220), têm por finalidade coibir o abuso do poder econômico, evitar a concentração excessiva dos mercados. Nos termos das palavras do Relator, tais regras “permitem combater a ineficiência

econômica e a injustiça comutativa que tendem a florescer em regimes de monopólio e oligopólio. No setor audiovisual, prestam-se também a promover a diversificação do conteúdo produzido, impedindo que o mercado se feche e asfixie a manifestação de novos entrantes” (STF, 2017, p. 4).

A decisão, de outra parte, discorre e fixa a constitucionalidade das restrições à propriedade cruzada (art. 5º, caput, e §1º), asseverando que a vedação à verticalização da cadeia de valor audiovisual (art. 6º, incisos I e II), pretendeu, *imediatamente*, a concretização de comandos constitucionais (art. 170, § 4º e art. 220, § 5º) e, *mediatamente*, a realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação. Consoante a ementa do julgado, afirmou-se o “papel do Estado no combate à concentração do poder comunicativo” (STF, 2017, p. 26), mas isso não foi devidamente problematizado: o relator se limita a referir autores nacionais que escreveram sobre o tema, mas não esclarece o que entende por “poder comunicativo” e nem qual a sua referência teórica, em que pese ter feito um aprofundado estudo da atividade do ponto de vista econômico e social.

No que diz respeito à restrição da gestão por estrangeiros (art. 10, § 1º), entendeu o STF que é “interpretação evolutiva do comando do artigo 220, § 2º da Carta da República”. Já no que toca aos princípios – “vetores axiológicos” da atividade de Comunicação Social, a decisão ora comentada aduz serem a preservação da soberania e identidades nacionais, o pluralismo informativo e a igualdade das prestadoras, independentemente da tecnologia utilizada e isso justifica o poder regulatório e fiscalizatório do poder público, de forma preventiva e repressiva. Na dicção do Acórdão, a intervenção do Estado no mercado de produtos audiovisuais visa a impedir “os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico”, em razão dos “desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação” (STF, 2017, p. 25) e, por isso, a cada caso concreto de intervenção, há que se fazer o juízo de proporcionalidade (exame da adequação, da necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). De outra parte, quanto aos limites máximos para a publicidade comercial previstos em lei, de acordo com o Relator, estão em harmonia com o dever constitucional de proteção ao consumidor.

Quanto à disponibilidade gratuita dos canais de tv aberta às distribuidoras e às geradoras de programação de tv por assinatura, restou fixado que isso não ofende à liberdade de iniciativa, nem os direitos de propriedade intelectual e que, portanto, tais disposições da lei são cons-

titucionais. Constitucional, da mesma forma, a previsão do artigo 36, segundo a qual a ANCINE pode cancelar o registro do agente econômico faltoso, por isso garante a eficácia das normas jurídicas aplicáveis ao setor. Por essa razão, não há direito à renovação automática da outorga, não cabendo, na espécie, qualquer indenização pelo cumprimento de novas obrigações legais (STF, 2017, p. 9)

O segundo grupo de casos (ocorridos entre 2014 e 2016) está relatado por Taborda e Zandoná, nos quais o STF acabou por fixar que políticos com mandato não podem deter “sob nenhuma configuração, o controle de empresas de comunicação, porque isso corrompe o seu mandato e por que viola o princípio democrático” (TABORDA; ZANDONÁ, 2017, p. 442), e que os princípios do artigo 221 da Constituição tem aplicação imediata, mas que é “necessária sua disciplina legal para se fixar as balizas da fiscalização estatal e as pautas para formulação de políticas públicas de fomento à cultura e ao interesse público (TABORDA; ZANDONÁ, 2017, p. 430). Na ADPF 379, proposta em 2015, a demanda foi ajuizada para evitar e reparar lesão a preceitos constitucionais causados por atos do Poder Público que autorizam parlamentares a serem proprietários ou sócios de empresas de radiodifusão. Na ADO nº 9, a disputa girou em torno da falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais que regulam a atividade de Comunicação Social no País.

A ADPF é ação destinada a discutir, na via objetiva, a constitucionalidade de atos dos poderes públicos impugnados nos tribunais ordinários, com a avocação, pelo STF, para fins de controle dos preceitos fundamentais identificados na Constituição. Serve, pois, para resolver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional, constituindo aquilo que Gilmar Mendes chamou de “alteração profunda” no sistema de controle de atos normativos, uma vez que “permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes”, ao evitar que as mesmas tenham solução definitiva “ao arrepio da interpretação autêntica do STF” (in MEIRELLES, 2009, p. 543). Já a ADO pode decorrer de omissão político-administrativa, de medida judicial ou de lei, porque a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou torna sem efetividade uma norma constitucional. O instituto não se confunde, entretanto, como o Mandado de Injunção, por que a ADO tem por objetivo a defesa da Constituição e da ordem jurídica, e não a defesa de um direito subjetivo, de um interesse juridicamente protegido ou lesado. O que se pretende na ADO é a declaração da mora do legislador, e não obter o direito em favor do impetrante.

No parecer da Procuradoria Geral da República na ADO nº 9, restou assentado que “os marcos regulatórios, ao invés de vistas como medidas antidemocráticas, são considerados formas de expandir a liberdade de expressão e de pluralização do conhecimento” e, por isso, em sua opinião, há omissão parcial do legislativo no que concerne ao art. 222, §3º, II, já que “falta legislação de modo abrangente e referencial”(TABORDA; ZANDONÁ, 2017, p. 430). Assim, entendeu o Ministério Público que deverá ser estabelecido “prazo razoável” para que o Legislativo proponha as leis cabíveis. Enfim, em tais decisões, explicitou-se que a atividade de Comunicação Social é “serviço público de interesse econômico e político geral e a “concentração dos meios (mídias) de comunicação restringe o volume de informações disponíveis ao público, prejudicando a discussão, na esfera pública, de temas socialmente relevantes que vão determinar as escolhas eleitorais” (TABORDA; ZANDONÁ, 2017, p. 431). As autoras ainda referem ao Parecer da PGR, no sentido de que ele afirma a necessidade de se “construir um conjunto normativo, ainda que provisório”, capaz de, efetivamente, assegurar um controle social *a posteriori*, principalmente da programação televisiva (de maior alcance), com a responsabilização administrativa das emissoras, no que diz respeito aos abusos praticados (TABORDA; ZANDONÁ, 2017, pp. 441).

Constata-se da leitura dos acórdãos que discussão sobre a concretização do direito à Comunicação Social é difícil porque envolve problemas como a ausência de órgão regulador, a existência de monopólio e oligopólio no setor, e a regulamentação mais efetiva do art. 221 da Constituição. Isso é assim porque a invocação da liberdade de expressão gera polêmicas. Pressuposto do defendido direito à comunicação, a liberdade de expressão constantemente é invocada pelos próprios meios de comunicação, como forma de se contrapor a qualquer tipo de tentativa de regulamentação do serviço de mídia. Ocorre que proteger a liberdade de expressão e a pluralidade de opiniões não quer dizer que o discurso comercial (que não é orientado por valores individuais) não possa ser regulado ou restringido. O acesso diferenciado aos meios de comunicação faz com que grupos hegemônicos ganhem poder de monopólio em face de grupos menores, desequilibrando as influências na opinião pública. Quando quem faz o discurso tem prioridade em relação aos seus destinatários e uma mesma pessoa (física ou jurídica) pode deter a propriedade de vários meios (radiofusão, televisão, imprensa escrita, tv a cabo etc.), não há aí um “efeito silenciador”? Se a liberdade de expressão não é um fim em si mesma, é um instrumento para o encontro da verdade ou a al-

cance da melhor decisão possível, cabe aos cidadãos serem os julgadores políticos no momento eleitoral e partícipes ao longo do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o direito à Comunicação Social é mais abrangente que o direito à liberdade de expressão e o direito à informação, uma vez que implica a diversidade de uma mídia plural, o acesso equitativo aos meios de comunicação de massa, o direito de praticar e expressar a cultura e de participar das decisões públicas, o direito fundamental de acesso à informação, o direito à não restrição de conteúdo, o direito à privacidade, o de dar e receber informações, o direito de acessar os meios de produção e difusão da informação e o de produzir e veicular produções.

Na constituição democrática, a liberdade funda-se na garantia da livre escolha e, também, na possibilidade de o indivíduo cultivar suas próprias crenças e preferências. Por isso que, se as preferências dos cidadãos forem manipuladas, não há que se falar em liberdade. Há a necessidade de se promover um espaço de discussão pública, a fim de que a decisão da maioria possa ser legitimada, através da livre comunicação dos cidadãos. Cabe, assim, ao Estado, promover políticas públicas que possibilitem esse debate, como a liberdade de imprensa, a independência dos meios de comunicação, melhoramento da educação e outros mecanismos destinados à participação dos indivíduos no processo de discussão de determinação de agendas públicas e informação.

Por conseguinte, a previsão constitucional do artigo 224, de instituição de um Conselho de Comunicação Social - CCS deve ser concretizada. Apesar de regulamentado em 1991 através da Lei nº 8389, tal Conselho só foi instalado em 2002, como parte de um acordo para aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n.36 que alterou a redação do art. 222 da Constituição da República e permitiu a participação de capital estrangeiro na propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão. Todavia, o Conselho passou inerte dos anos de 2006 a 2011, diante da falta de nomeação de membros. O Conselho tem caráter consultivo e lhe é atribuído a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que forem encaminhadas pelo Congresso Nacional, referentes ao Título VIII, Capítulo V da Constituição da República. Embora a legislação não atribua ao Conselho poderes normativos, este poderia funcionar como um importante fórum de discussão acerca das políticas

públicas a serem aplicadas no âmbito da comunicação, assim como um órgão fiscalizador das medidas adotadas pelo Poder Executivo. A única forma de controle da atividade de Comunicação Social hoje existente a Classificação indicativa realizada pelo Ministério da Justiça, diretamente ligada aos direitos das crianças e dos adolescentes, possibilitando aos pais decidir sobre se seus filhos podem ou não assistir determinado programa televisivo. Aqui, o caráter indicativo afasta a arguição de censura prévia, uma vez que, não há qualquer proibição, mas se trata de orientação. O órgão do Poder Executivo, com competência para tratar dos assuntos que envolvem a comunicação, é atualmente o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC, criado através da Lei nº 13.341/2016, que extinguiu o antigo Ministério das Comunicações.

Ainda, a Agência Nacional de Telecomunicações- ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472, a chamada Lei Geral de Telecomunicações, sob a forma de autarquia de regime especial, caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Ocorre que a agência foi pensada para ser um órgão independente de regulação, mas a Constituição não tem essa previsão, razão pela qual, foi transformada em uma autarquia especial, vinculada ao Ministério das Comunicações. Sua autonomia é relativa, na medida em que a agência está submetida às diretrizes do governo. Sua atuação é basicamente no âmbito de fiscalização, arbitragem e regulamentação dos serviços de TV a cabo, radiofrequência, satélites e serviços de comunicação. Não tem atribuição nos processos de outorga dos serviços de radiodifusão, que se submete diretamente ao Poder Executivo.

Assim, se o Estado se abster por completo, não regulando e não concretizando os mandamentos constitucionais, cria-se o risco de retirar a voz daquele que não tem poder econômico de ingresso nos meios de comunicação, impedindo que todos possam participar da formação da opinião pública. Deixar que a liberdade de expressão tenha como foco somente a proibição da censura, potencializa a monopolização da detenção dos meios de comunicação de massa, e isso não é nada democrático. No regime democrático, para o desenvolvimento de uma 'vida política', é necessário a organização de um espaço próprio de comunicação, que deve ser público. Isso porque o poder político supremo é popular, ou seja, a soberania é do povo, e este é quem deve decidir sobre as questões de governo, seja de forma direta ou representativa. Atualmente, os meios de

comunicação vivem uma crise democrática. Ao contrário do que ainda ocorria anos atrás, em que estes assumiam suas identidades políticas e ideológicas e as divulgavam ao público, hoje, não há informações acerca dessas conotações, e o objetivo central desses meios passou a ser o de atingir o maior número possível de clientes. O problema, neste particular, é o fato de que o poder midiático não é eleito democraticamente e inversamente aos outros poderes não tem um contra poder, não tem uma oposição. No nosso País, em que a exploração dos meios de comunicação é feita por grupos empresariais privados, frequentemente a pauta política é discutida com base nos interesses destes e seus representantes parlamentares e o desenrolar das eleições mais importantes faz-se sempre sob a influência decisiva da propaganda veiculada pela grande imprensa, pelo rádio e ainda mais, pela televisão.

Em derradeira conclusão, pode se afirmar que, na constituição democrática, a liberdade de expressão, considerada como instrumento de autogoverno, deve proteger os processos de decisão coletiva e os meios pelos quais cada indivíduo considera as decisões do governo legítimas. Por isso, é necessário assumir a centralidade da discussão pública sobre o tema da democratização dos meios de comunicação social no Brasil, a importância de exercer-se o controle *a posteriori* dos conteúdos veiculados através desses meios, tendo por baliza os princípios insculpidos no art. 221 e o cabimento da edição de um de marco regulatório, a fim de otimizar as incongruências e garantir um dos direitos mais importantes em uma democracia, o direito à *Comunicação Social*.

Porto Alegre, Inverno de 2019.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDDT, Hannah. **Poder e violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 4923/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em 17 jun. 2019.

CAPELETTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad**. México: Imprenta Universitaria, 1961.

COMPARATO, Fábio Konder. A Democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.149-163.

COSSIO, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord.). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

FERREIRA, Aluízio. **Direito à Informação- Direito à Comunicação- Direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/ Celso Bastos Editor, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. **La Costituzione Democratica**. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo. Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

GUARESCHI, Pedrinho A. **O Direito Humano à comunicação. Pela democratização da mídia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **Direito à Comunicação- Relação entre os meios de comunicação e o exercício da democracia**. São Paulo: Lex Magister, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen. Linajes del Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord.). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes et alli. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 32ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZZETI, Luca. La giustizia costituzionale. **Teoria Costituzionale**. Torino: G. Giapichelli Editore, 2015

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Coleção "Os Pensadores", 1979.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Separata do Volume XXIX. Coimbra, 1987.

RENUCCI, Jean François. **Droit Européen des Droits de l'Homme**. LGDJ, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. Estado Democrático de Direito. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp.113-116.

TABORDA, M.G. Entre morcegos e beija-flores: reflexões críticas sobre a Jurisdição Constitucional no Brasil. **Direito & Justiça**. V. 40, n.1, p.65-83, jan./jun. 2014.

TABORDA, M. G. Em quais condições é possível a compatibilidade entre ética e política? In: GAVIÃO FILHO, Anizio; GESTA LEAL, Rogério. (Org.). **Coletânea III Seminário Nacional Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. 1ed. Porto Alegre: Liquidbook - FMP, 2017, v. 1, p. 81-99.

TABORDA, M.G; ZANDONÁ, Thaís. A atividade de Comunicação Social e a formação da opinião pública. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**,

v. 8, p. 410-445, 2018.

TABORDA, M. G.; SPAREMBERGER, R. F. L. O STF e o estatuto constitucional dos indígenas: reflexões sobre a construção de um direito objetivamente justo. In: CAMARGO, Margarida Lacombe; RODRIGUES, Vinicius Sado. (Org.). **II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino - Direito, Razões e Racionalidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019, v., p. 332-348 (a).

TABORDA, M. G. Considerações sobre o conteúdo e valor da tese clássica dos direitos subjetivos. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio. (Org.). **Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis**. 1ed. Porto Alegre: FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2019, v., p. 103-119 (b).

VELLEY, Sèrge. La constitutionnalisation d'un mythe: Justice Administrative et séparation des Pouvoirs. **Revue du droit public et de la science politique en France et a L'Étranger**. Paris: Librairie Général de Jurisprudence. LGDJ, 1989, pp. 767/783.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato**. Nona Edizione. Padova, Cedam, 2013.



EL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA “PREVIA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO” Y LAS FACULTADES REPRESIVAS DE LA POLICÍA. ¿Justo equilibrio o un contrasentido evidente?

LEONEL TORRES LABBÉ¹

1 - INTRODUCCIÓN

El derecho a la manifestación pública en Chile no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Carta Fundamental, sino que debe extraerse del contenido de otros derechos, como la libertad de expresión y libertad de reunión pacífica, reguladas en los numerales doce y trece del artículo 19 de la Constitución Política de Chile.

En el ámbito internacional, por el contrario ha sido desarrollado en mayor detalle contando con una regulación específica que protege su efectivo ejercicio y las facultades del Estado ante dicha libertad.

Recién en el ámbito infralegal o meramente reglamentario encontramos el Decreto Supremo N°1086 sobre reuniones públicas de fecha 16 de septiembre de 1983 del Ministerio del Interior, que regula la forma en que deben desarrollarse las manifestaciones ciudadanas. Le entrega facultades a Gobernadores e Intendentes para autorizar o no una marcha o movilización e incluso determinar ciertos lugares que no podrán albergar dichas manifestaciones. Las fuerzas de orden y seguridad tienen facultades imposibilitar el desarrollo de manifestaciones no autorizadas o que se realicen en lugares determinados como no aptos.

Los alcances de dicha regulación ha tomado relevancia en los últimos años pues se han hecho cada vez más comunes los movimientos sociales que utilizan la vía de la protesta pública para efectos de dar a conocer socialmente sus postulados, pedimentos, ideologías, fines y pretensiones; grandes movimientos estudiantiles, de trabajadores, de poblaciones e incluso de pueblos originarios como es el caso del pueblo Mapuche, se han tomado las calles y espacios públicos con tales objetos.

1 Abogado, Magister en Derecho Penal y Magister en Derecho Privado, Universidad Católica de la Sma. Concepción, Chile. Relator Titular, Corte de Apelaciones de Temuco. Profesor de Derecho Procesal y Coordinador del Área, Facultad de Ciencias Jurídicas, U. Católica de Temuco. Candidato a Magister, Maestría en Derecho Procesal, U. Libre de Colombia. Director, Capítulo de Chile, Organización Mundial de Justicia Constitucional.

La respuesta estatal ha sido cuestionada por tales movimientos, por el uso excesivo de la fuerza policial utilizada para controlar, reprimir e incluso impedir el desarrollo de marchas y expresiones públicas, cuando son calificadas por el ente policiaco como constitutivas de ilícitos o infracciones a la normativa vigente.

Es evidente que muchas de las marchas y actividades públicas similares se inician de manera pacífica, pero luego en un momento indeterminado y de las más diversas formas se producen incidencias, desordenes y desmanes que afectan la propiedad pública y privada por un lado y por otro el derecho de aquellos que válidamente se están expresando en ejercicio de sus derechos. Se produce entonces la disyuntiva entre el derecho de las personas a manifestarse libre y espontáneamente y el deber del Estado de velar y garantizar la seguridad ciudadana y el orden público.

Llama la atención entonces, que la libertad de reunión y de manifestación requiera de una autorización previa del órgano estatal, para su posterior realización y más aún que los requisitos y forma de ejercicio de tales libertades estén regulados en un instrumento de naturaleza reglamentaria y no en una Ley como es el estándar establecido internacionalmente a propósito de derechos fundamentales.

Tenemos en consecuencia una problemática actual que no ha sido abordada con la debida atención legislativa. Pues, si la libertad a manifestarse públicamente requiere de una autorización previa para su ejercicio, no es posible ejercer esa “libertad” de manera fidedigna y espontánea; incluso, de solicitarse autorización con la anticipación debida, la decisión está entregada a autoridades de carácter político, que pueden ejercer tal discrecionalidad negando lugar a las solicitudes de grupos contrarios al gobierno u opositores y permitiendo marchas que sean del interés del poder político, según el gobierno de turno. Así por ejemplo, manifestaciones de estudiantes, trabajadores, organizaciones de ciudadanos o pueblos originarios, que estén destinadas a reclamar en contra de políticas gubernamentales, no han sido autorizadas en muchos casos, o de contar con autorización se han limitado los lugares para desarrollarlas. En el sentido contrario, cuando se logra un triunfo deportivo internacional, como cuando la Selección Chilena de Fútbol, se consagró Campeón de América, el pueblo se volcó a las calles, plazas públicas, incluso interrumpiendo el tránsito de las principales arterias viales, y para tales manifestaciones, no se necesitó de ninguna autorización, ni se cumplió con ninguno de los requisitos establecidos y no hubo actuar policial que se hubiese detenido tal movimiento ciudadano.

Creemos que la libertad de manifestación requiere de una regulación legal, acorde a las nuevas tendencias del derecho internacional, que esté orientada no a la restricción sino que a la facilitación del ejercicio de la misma. La falta de regulación específica crea entonces el riesgo de arbitrariedades policíacas y errores en la calificación de las manifestaciones ciudadanas. Estimamos, a primera vista, que el Decreto citado precedentemente no cumple con la normativa constitucional y el bloque de constitucional aplicable en la especie, por lo que debe procederse a las respectivas modificaciones legales.

Para abordar la problemática expuesta y la propuesta precedente, se llevará a cabo una investigación basada en el análisis hermenéutico jurídico y comparativo de la normativa interna y la establecida en el derecho internacional. Haciendo especial cuestión del Decreto Supremo N° 1086, sus alcances, procedimientos y constitucionalidad. Destacando los principales pronunciamientos judiciales nacionales e internacionales que existen sobre la materia.

2 - MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN EN CHILE

El derecho a la manifestación se construye normativamente a partir de la libertad ambulatoria, la libertad de expresión y el derecho de reunión. Son estos los que, al conjugarse, protegen que toda persona o grupo de personas se manifieste públicamente. Tal como ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), “el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información.”²

En nuestro ordenamiento jurídico y en específico en el ámbito constitucional, se establece en el numeral 12 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que: La Constitución asegura a todas las personas: 12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. (...)

2 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, pág. 130.

Luego, en el numeral 13 del mismo artículo, consta el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

Ésta última norma ha dado lugar a varias interpretaciones sobre el alcance de la frase “disposiciones generales de policía”, en cuanto se dejaría entregado a normativa infralegal la regulación de una libertad fundamental.

En tal sentido se dictó el Decreto Supremo N°1086, que tiene por objeto regular las reuniones públicas, establece los requisitos para poder llevar a cabo una manifestación, entrega facultades a las policías y a Gobernadores e Intendentes sobre la materia. Sobre esta normativa nos detendremos en el apartado siguiente.

Por otro lado, en caso de estados de excepción constitucional, según lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Política, como son los estados de asamblea, sitio, catástrofe y emergencia, el Presidente de la República está facultado para suspender o restringir la libertad personal, de locomoción y el derecho de reunión.

3 - MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL

A nivel universal, el Derecho a la libertad de reunión pacífica está reconocido en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), estableciéndose que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”

A su vez, en el acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el artículo 21 Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), se regula en el artículo 5 que, en conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce

de los derechos siguientes:

(...) d) Otros derechos civiles, en particular:

(...) ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

En relación a los niños y adolescentes, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se consagra en su artículo 15, que:

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

En el Sistema Interamericano, haciendo alusión a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo XXI. Derecho de Reunión, se conviene que toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

Por último, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), se regula el Derecho de Reunión en el artículo 15, en el que se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

4 - ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N°1086, COMO REGULATORIO DE LA LIBERTAD DE MANIFESTACIÓN

Las manifestaciones son una expresión genuina de la democracia y constituyen un espacio colectivo de expresión reconocido como “el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos”³

En Chile, se puede identificar como respuesta a la necesidad de regulación del derecho a la protesta, el Decreto Ley N°1086 que fue dictado el 15 de septiembre de 1983, esto es, en plena vigencia del régimen

3 Gargarella, Roberto, El derecho a la protesta: el primer derecho, Editorial Ad hoc, 2007, pág. 19.

militar que se extendió por cerca de 17 años.⁴ Dicho cuerpo normativo será objeto de nuestro análisis para determinar si cumple o no, con las directrices constitucionales e inclusive internacionales que rigen la materia.

En el Decreto en cuestión, se reconoce que las personas que deseen reunirse podrán hacerlo pacíficamente, sin permiso previo de la autoridad, siempre que ello sea sin armas, según prescribe su artículo primero.

Dicha declaración, a primera vista, pareciera que reconoce de manera absoluta la libertad de manifestación sin establecer requisitos para ello, pero luego, haciendo mención especial a las reuniones en plazas, calles y otros lugares de uso público, se fijan una serie de exigencias para llevar a cabo una manifestación pública, conforme al artículo segundo del decreto en estudio y que son:

a) Los organizadores de la protesta, deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al Intendente o Gobernador respectivo.

b) El aviso indicado deberá ser por escrito y firmado por los organizadores de la reunión, con indicación de su domicilio, profesión y número de su cédula de identidad.

c) Deberá expresar quiénes organizan dicha reunión, qué objeto tiene, dónde se iniciará, cuál será su recorrido, donde se hará uso de la palabra, qué oradores lo harán y dónde se disolverá la manifestación.

Con tales exigencias se desnaturaliza el derecho a la manifestación pública, en cuanto se niega la posibilidad de que surja de manera espontánea, se exige una notificación previa a las autoridades regionales o provinciales, en donde deben explicitarse los objetivos de la misma, el recorrido e incluso el señalamiento de las personas que participarán como oradores.

En realidad se trata de una solicitud de permiso para manifestarse que puede o no ser concedida como veremos más adelante. En consecuencia, aparece el primer atisbo de que no se trata de un derecho que se encuentre reglamentado para efectos de facilitar su ejercicio, sino que por el contrario, se busca controlar, visar y limitar su ejercicio conforme a ciertos parámetros que analizaremos a continuación.

El Intendente o Gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público. Igual facultad tendrán respecto de las reuniones que se efectúen en las plazas y paseos en las horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebren en los parques, plazas, jardines y avenidas con sectores plantados.

4 Decreto Ley N°1086, Congreso Nacional de Chile, 1983.

Si nos detenemos en cada una de las hipótesis en las que se permite a la autoridad negar la autorización para la manifestación pública, se puede afirmar que el ejercicio del derecho a manifestación o protesta queda en segundo plano frente a los demás derechos de los ciudadanos en comunidad. Si con la marcha se afecta el tránsito de alguna vía o arteria urbana, el uso de plazas o lugares que tengan plantaciones, dicha movilización puede no ser autorizada.

Incluso, si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Es decir, se encuentra establecido un protocolo de acción para poner término a la manifestación, sin hacer una distinción respecto a las situaciones que motiven la actuación policial, en cuanto a su intensidad o masividad o algún factor de riesgo objetivamente determinable, salvo el caso de que las reuniones se verifican con armas, esto es, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierros, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general, cualquier elemento de naturaleza semejante.

En tal caso las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública ordenarán a los portadores entregar esos utensilios, y si se niegan o se producen situaciones de hecho, la reunión será disuelta.

Por último, los Intendentes o Gobernadores quedan facultados para designar, por medio de una resolución, las calles y sitios en que no se permitan reuniones públicas, de acuerdo con lo prescrito en las letras c) y d) del artículo 2°.

5 - CRÍTICAS AL DECRETO N° 1086 Y SUS FACULTADES POLICIALES

El decreto en estudio está construido con el objeto de entregar facultades a la autoridad y policías con el objeto de controlar la realización de manifestaciones públicas y no contiene normas que reconozcan y favorezcan el ejercicio de las mismas; es decir, la normativa no se encontraría adecuado a la normativa internacional, como ocurre por ejemplo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que el ejercicio del derecho a reunión sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Debemos partir de la base de que el derecho a la manifestación pública tiene que ser especialmente resguardado frente a restricciones que busquen limitar la expresión de demandas o de voces generalmente excluidas. En este sentido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que: “el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello también la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes”.⁵

En efecto, tal como lo señala el Informe Anual de Derechos Humanos del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2011, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el Estado de Chile debe “adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto por los derechos a la libertad de expresión, a la reunión y a la manifestación, imponiendo solamente aquellas restricciones que resulten estrictamente necesarias y proporcionales y que toman en cuenta la obligación especial del Estado de garantizar los derechos de los estudiantes secundarios y universitarios”.⁶

A propósito de los límites a la función policial, es necesario recordar que el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado, puede generar graves violaciones de derechos humanos, respecto de quienes ejercen el legítimo derecho de protesta pacífica. Un ejemplo de ello es lo que ocurre con el denominado Carro Lanza Agua que usa Carabineros de Chile, con el que resulta difícil distinguir aquellos que causan desórdenes públicos y otros delitos, de aquellos que no están cometiendo infracción alguna. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre tortura, Nils Melzer, en su informe “Uso de la Fuerza al Margen de la Detención y Prohibición de Tortura”, entre otros tipos de ARMAS PELIGROSAS que las policías utilizan consideró los CAÑONES DE AGUA, misma función que cumplen los carros lanza agua de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile.

“En opinión del Relator Especial, esas armas incluyen ciertos tipos de armas de fuego y municiones, como las armas totalmente automáticas y de gran calibre y las balas expansivas de alta energía, que conllevan

5 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, pág. 152

6 Comisión IDH, CIDH manifiesta preocupación por violencia contra protestas estudiantiles en Chile, Comunicado de Prensa N° 87/11, 6 de agosto de 2011.

un riesgo considerable de causar daños innecesarios o excesivos. También incluyen una variedad de armas “menos letales”, como ciertos tipos de proyectiles de impacto cinético, armas de descarga eléctrica, irritantes químicos, cañones de agua y dispositivos de desorientación”.⁷

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) desaconseja el uso de este tipo de armas (Cañones de agua) “debido a la imposibilidad de controlar la dirección de su impacto”.⁸

En la misma línea, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación, subraya que “el uso del gas y los cañones de agua conlleva un riesgo significativo de causar daños, especialmente porque estos medios no distinguen entre los manifestantes y los transeúntes”.⁹

Conforme dispone el derecho internacional de los derechos humanos, en los casos que se han visto afectados víctimas en el contexto de manifestaciones por parte de agentes del Estado, constituye un atentado grave y una violación directa al derecho a su integridad personal, pero también a su derecho a la manifestación pacífica. Por lo tanto, la conducta desplegada por los agentes policiales en el carro lanza agua es una conducta absolutamente prohibida por el derecho internacional.¹⁰

7 NILS MELZER Relator Especial de Naciones Unidas sobre tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, INFORME “Uso de la fuerza al margen de la detención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, de 20 de julio de 2017 [A/72/178].

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015. Capítulo IV.A, Uso de fuerza. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeannual2015-cap4a-fuerza-es.pdf> significativo de causar daños, especialmente porque estos medios no distinguen entre los manifestantes y los transeúntes”

9 Naciones Unidas, Asamblea General “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile: Nota de la Secretaría”, Op. Cit. Párr. 30

10 El artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. La Observación General N° 20, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que la finalidad del artículo 7 es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona, agregando “El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado.” Por su parte en el Sistema Interamericano, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece

La Corte IDH ha sostenido que “Por otra parte, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.¹¹

Por último, cabe recordar lo referido por la Comisión Interamericana en cuanto a que “en determinadas circunstancias los agentes del Estado, deben aplicar de manera legítima la fuerza pública al hacer cumplir las leyes, **siempre que tal aplicación legítima sea necesaria y proporcional**. Ello puede conducir a que en casos extremos los agentes estatales eventualmente puedan ocasionar lesiones a la integridad personal, en cuyo supuesto, como se mencionó anteriormente, deben procurar que en todo caso el daño ocasionado sea de la menor entidad posible”.¹²

Es decir, los agentes estatales deben actuar proporcionalmente de acuerdo al grado de control que tengan sobre una determinada situación.

En la práctica, son innumerables los casos en los que se han producido disputas en cuanto al ejercicio del derecho a protesta pública y las facultades represivas de la fuerza policial. Uno de los casos que puede servir como botón de muestra de la presente disyuntiva es el caso del movimiento surgido a propósito del conflicto intercultural Mapuche, principalmente en la Región de La Araucanía, fundamentado en la reivindicación de tierras, costumbres y autonomía como pueblo originario, que ha dado lugar a una serie de manifestaciones públicas que en muchos casos ha provocado el choque de los derechos de los manifestantes y el Estado.

A falta de reglamentación específica y acorde al sistema actual de derechos humanos, muchas veces se provoca la judicialización del asunto; en sede penal, respecto de los detenidos por desórdenes públicos y otros delitos similares como es el caso del maltrato de obra a Carabineros; y en sede constitucional, con el objeto de buscar el amparo o protección de derechos fundamentales a causa del uso excesivo de la fuerza por las fuerzas del orden, actuación injustificada de las policías, amenazando o infracción libertades como la de manifestarse y reunirse pacíficamente.

que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...)”.

11 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafo 147

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Corumbiara, Informe N° 32/04 Caso 11.556, párr. 224.

Esas disputas judiciales motivaron en definitiva la dictación de protocolos de acción policial, con el objeto de estratificar y ordenar el uso de la fuerza conforme a la necesidad de la misma, comenzando por el uso de medios auto compositivos y hasta las acciones disuasivas destinadas a poner término a la movilización ciudadana, en razón de la comisión de ilícitos de diversa índole.

En la jurisprudencia judicial, se ha buscado equilibrar los intereses ciudadanos, de los pueblos originarios y del Estado, analizando los procedimientos llevados a cabo a propósito de la realización de marchas y diversas manifestaciones ciudadanas, calificando en cada caso sometido a su conocimiento si se han cumplido o no los protocolos en comento.

Así por ejemplo, en la jurisdicción de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, se ha resuelto en sentencia de fecha 26 de agosto de 2014, que: "(...) en la utilización de disuasivos químicos con el objeto de restablecer el orden público el día 22 de mayo de 2014 Carabineros no dio cumplimiento al protocolo existente para tal efecto, el cual rola a fojas 80 de autos. De la lectura del mismo es posible concluir que el personal policial, antes de utilizar los disuasivos químicos, tenía como obligación, entre otras que se señalan, la de verificar las condiciones del viento, realizar advertencias a los infractores con el fin de dar a conocer a todo el entorno acerca de la situación mediante el uso de altavoces, y finalmente, respetar restricciones frente al entorno, señalándose expresamente como ejemplo a hospitales, colegios, jardines infantiles, etc"¹³

En similar sentido, consta la sentencia de fecha 17 de octubre de 2014 sostuvo que: "(...) en estas condiciones, el rigor desplegado por la policía para enfrentar a un grupo de atacantes desconocidos, tiene como limitación el no provocar un mayor mal que el estrictamente necesario para dar cumplimiento a su obligación de restablecer el orden público. En este caso los recurridos excedieron dicho límite afectando derechos y garantías de los amparados"¹⁴

En otro pronunciamiento, con fecha 31 de enero de 2015, la citada Corte de Apelaciones, en relación al uso de escopetas antidisturbios, señaló: "De la lectura del mismo es posible concluir que el personal policial (...) al hacer uso de las escopetas antidisturbios debió considerar aspectos como distancia entre el tirador y la muchedumbre, características del lugar y discriminar si entre los partícipes hay menores, mujeres o

13 Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol N° 569-2014.

14 Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 741-2014.

ancianos, como es del caso”¹⁵

El último pronunciamiento realizado sobre la materia por tribunales superiores de justicia, dice relación con el recurso de amparo presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en favor de una serie de comuneros Mapuche, integrado por niños, adolescentes, mujeres y dirigentes de la etnia, dirigido en contra de Carabineros de Chile, por violencia policiaca e incumplimiento de los protocolos establecidos al efecto.

En primera instancia, la I. Corte de Apelaciones de Temuco, resolvió acoger el recurso y ordenar a Carabineros efectuar sus procedimientos con estricta sujeción a los protocolos institucionales. Destacándose además, en el considerando sexto de la sentencia: “Que, las disposiciones generales de policía, a que se refiere la Constitución Política, o “normas vigentes” señaladas por el artículo 4 de la ley 19.175, están a la fecha contenidas en el D.S. N° 1.086 de M. del Interior, de 1983 que establecen como mecanismo de control de orden y seguridad pública de las reuniones públicas el “aviso previo” con “dos días hábiles” a la autoridad de gobierno interior, la que podrá no autorizar la reunión. En tal evento la norma dispone que si se llegare a realizar alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.”¹⁶ (Dicha sentencia fue confirmada en segunda instancia por la Excm. Corte Suprema en fallo dictado con fecha 16 de abril de 2019, en autos Rol N°9768-2019).

De lo que se puede extraer, que resultaría posible llevar a cabo una manifestación pública sin previa autorización, pero en tal caso “podrá” ser disuelta, es decir, si es que no hubiese motivo para la actuación policial podría materializarse una marcha pública, sin autorización alguna y sin la necesidad de actuación de Carabineros.

Conforme al análisis realizado hasta el momento, podemos afirmar que el Decreto Supremo N°1086, no tiene la virtud de prever las diversas disyuntivas prácticas y actuales que se producen en la ciudadanía cuando ésta decide manifestarse públicamente, no contempla casos especiales y derivados de marchas espontaneas surgidas por la contingencia social; concede facultades a las fuerzas de orden y seguridad, pero no se establecen estándares objetivos de actuación, que aseguren pertinencia y proporcionalidad de la fuerza policiaca. Y en definitiva, el resguardo de la libertad de manifestarse es prácticamente nulo y depende en muchos

15 Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 1144-2014

16 Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 34-2019.

casos de protocolos policiales, cuestión no recomendada en el ámbito de la protección de derechos fundamentales y su ejercicio.

6 - CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO N°1086

Luego de haberse estudiado el contenido y alcance del Decreto N°1086, corresponde abordar su validez y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Y la primera observación que debe realizarse es que por su naturaleza jurídica y fecha de expedición no es posible la revisión de la constitucionalidad del mismo ante el Tribunal Constitucional, según reza el N° 16 del artículo 93 de la Constitución Política.

Lo anterior, motivó la solicitud de pronunciamiento ante la Contraloría General de la República, respecto a la legalidad del Decreto Ley N°1086 que rige las reuniones públicas.¹⁷

Los requirentes manifestaron que, en su concepto, el mencionado reglamento vulneraría el principio de reserva legal que rige en nuestro ordenamiento cuando se trata de la regulación de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a reunirse en lugares de uso público. A su turno, cuestionan la constitucionalidad del aludido decreto por cuanto establecería un sistema de autorización previa para el ejercicio del señalado derecho fundamental.

Requerido su informe, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública expresó, en síntesis, que, por las consideraciones que indica, el citado texto reglamentario se ajusta plenamente a lo estatuido por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, como puede advertirse es la propia Constitución Política de la República la que, tratándose de reuniones en lugares de uso público, utiliza una técnica diversa a la que emplea al reglar otras garantías fundamentales, toda vez que en el caso del derecho a reunirse en tales espacios, no ordena que su regulación sea necesariamente establecida mediante una ley -como lo hace al referirse a las demás garantías constitucionales-, pues dispone que dicha materia se regirá por las disposiciones generales de policía.

En relación a la frase “se regirán por las disposiciones generales de policía”, usada en el citado inciso segundo del artículo 19, N° 13, es

17 Dictamen No. 78.143. Contraloría General de la República (14-XII-2011)

pertinente recordar que dicha expresión se empleaba, al regular la materia que nos convoca, en el artículo 10, N° 4, del texto original de la Constitución de 1925, y que ella fue reemplazada en virtud de la reforma introducida por la ley N° 17.398, en el año 1971, por la locución “se registrarán por las disposiciones generales que la ley establezca”.

Asimismo, es pertinente anotar que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución propuso que se utilizara la misma expresión que presentaba el citado artículo 10 N° 4 de la Carta de 1925, luego de la reforma antes referida (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 125, de 29 de mayo de 1975), lo que, como se puede advertir, no prosperó, toda vez que el constituyente de 1980 optó por emplear la misma redacción que, en lo que atañe a este punto, presentaba originalmente la Constitución de 1925.¹⁸

En razón de lo anterior, es dable inferir que el constituyente, al establecer la norma contenida en el mencionado artículo 19, N° 13, inciso segundo, de la Carta Fundamental, buscó permitir que el derecho a reunirse en lugares de uso público, fuera regulado, aun en sus aspectos esenciales, no sólo en virtud de una ley, sino también mediante actos generales emanados de la autoridad administrativa.

En este sentido, por lo demás, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, pues en su sentencia de 16 de julio de 1996, causa Rol N° 239, hace presente, en su considerando 9°, que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la ‘reserva legal’ en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía”.

En mérito de lo expuesto, no cabe sino concluir que la regulación del derecho a reunirse en recintos de uso público no se encuentra reservada a la ley, pues, según se indicara, tal materia, acorde a lo establecido en la Carta Fundamental, puede ser normada, asimismo, a través de actos generales emanados de la autoridad administrativa -como acontece con el decreto N° 1.086, de 1983, del entonces Ministerio del Interior-, razón por la cual se desestimó la alegación presentada.

Sin perjuicio de la conclusión a la que llegó la Contraloría General de la República, cabe insistir que una de las premisas de éste trabajo es justamente la falta de regulación del derecho a la manifestación pública,

18 INDH, Protesta Social y Derechos Humanos, Estándares Internacionales y nacionales. Pag. 372.

y que por ende el numeral 13 del artículo 19 de la Constitución Política y el Decreto N°1086, no serían las únicas fuentes formales del derecho de reunión, ya que por aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, se incorporan al bloque de constitucionalidad los derechos consagrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; en el particular, las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, como las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas internacionales que exigen para la limitación del derecho de reunión la intervención del legislador, pues establecen que tal regulación es materia de reserva legal, lo que pone de relieve que sólo el legislador puede establecer regulaciones y limitaciones a ese derecho fundamental.

La Excma. Corte Suprema ha declarado que el artículo quinto de la Carta Fundamental, otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”.¹⁹

Ello nos lleva a estimar que el Decreto Supremo N°1086 de 1983 es inconstitucional, no sólo por su origen dentro del contexto de un gobierno militar, sino porque la normativa internacional integrante del bloque de constitucionalidad exige que las limitaciones al derecho de reunión y manifestación pública consten en la ley y no en instrumentos normativos de menor jerarquía como un simple decreto o simples protocolos administrativos, como ocurre actualmente en Chile.

Esta situación, implica que el Estado de Chile no ha cumplido ni adoptado las medidas oportunas, de orden legislativo, para hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados internacionales. Y dicha obligación corresponde al principio de responsabilidad internacional del Estado, según el cual, deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y el artículo 27 de la Con-

19 Excma. Corte Suprema: Sentencia Rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo nono.

vención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir responsabilidad internacional ya establecida²⁰.

En consecuencia, toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento.

Como se consigna en el Informe Anual de Derechos Humanos del año 2011, la regulación establecida en este Decreto resulta reñida con estándares mínimos de derechos humanos. Sobre el punto la Corte IDH ha señalado que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”²¹

En palabras de la Relatoría, “el ‘orden público’ no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real”²²

Se impone en consecuencia la necesidad de efectuar un control de convencionalidad respecto de los hechos invocados y los derechos que se estiman vulnerados. En ese sentido, cabe señalar que el concepto propiamente tal de control de convencionalidad, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en que se explica la responsabilidad que deben tener jueces y tribunales internos, de respetar las disposiciones de la Convención Americana, en los siguientes términos:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero

20 Cubides, J., Vargas, D., Vivas, T., 2014, “Hacia el estado de la cuestión de Colombia frente al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, VC Editores, Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Legis S.A. página 685.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, párrafo 22.

22 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, pág. 262.

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²³

En este punto, resulta fundamental la consideración, comunicado y posterior informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, al término de su visita a la República de Chile (21 al 30 de septiembre de 2015), Sr. Maina Kiai, quien señaló:

“... En primer lugar, el marco legal de Chile que rige el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica deber estar en pleno cumplimiento de la normativa internacional sobre derechos humanos. Mientras que la Constitución de Chile reconoce este derecho, su ejercicio se encuentra indebidamente restringido por el Decreto Supremo 1086 (1983), el cual permite a las autoridades locales impedir o disolver las manifestaciones que no hayan sido previamente autorizadas por las autoridades y negar el permiso a manifestaciones que se consideran alteran la circulación del público, entre otras cosas. Las mejores prácticas dictaminan que el Estado puede, a lo sumo, requerir una notificación previa de las manifestaciones pacíficas, no su autorización. Las manifestaciones, por su naturaleza, pueden generar un cierto grado de disrupción. El propósito de la notificación es permitir a las autoridades facilitar el ejercicio del derecho a la reunión pacífica y tomar las medidas para proteger a los manifestantes, la seguridad pública, el orden y los derechos y libertades de otros. Requerir autorización convierte el derecho a la libertad de reunión pacífica en un privilegio. Tal sistema no es compatible con el derecho internacional y las mejores prácticas. Tampoco es compatible con la propia Cons-

23 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

titución de Chile. El Decreto Supremo 1086 es un remanente del pasado de Chile que no tiene cabida en el Chile de hoy y urjo a las autoridades derogarla lo antes posible. Los protocolos de Carabineros de Chile para el manejo de las protestas, las cuales se hicieron públicas solo recientemente, contienen algunos principios positivos que buscan facilitar las protestas. Pero se deberían mejorar. Por ejemplo, los protocolos consideran una protesta como violenta si se desobedecen las instrucciones de la policía. Además, los protocolos afirman que es aconsejable que los organizadores sean responsabilizados por las acciones cometidas por los participantes. Más aún, pareciera existir una falta de orientación práctica en cuanto a cómo implementar y monitorear la implementación de estos protocolos”.²⁴

Compartimos la interpretación expuesta sobre la aplicación del bloque de constitucionalidad, en cuyo mérito no cabe sino estimar como inconstitucional el Decreto N° 1086 ya tantas veces citado, por no haberse dictado ni contener una regulación acorde con los parámetros internacionales de respeto y promoción de los derechos humanos en sus más diversas dimensiones.

7 - CONCLUSIONES

Del estudio normativo realizado, teniendo a la vista el ordenamiento jurídico interno como las directrices de índole internacional, ha sido posible identificar que el derecho a la manifestación pública no se encuentra especialmente reconocido ni regulado, constitucional y legalmente. Sólo en sede reglamentaria es posible identificar un cuerpo normativo que se refiere de manera más específica a la materia, esto es, el Decreto Supremo N° 1086 de 1983.

Que dicho decreto no se encuentra adecuado a las exigencias contenidas en la normativa internacional ratificada por Chile y que por ende, son obligatorias. Entregándole amplias facultades a las autoridades políticas para decidir sobre la procedencia de las manifestaciones o movilizaciones ciudadanas; en el mismo sentido, las fuerzas de orden tienen el deber de controlar y disuadir las protestas, cuando están incumplan lo

24 Comunicado de Maina Kiai, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, al término de su visita a la República de Chile (21 al 30 de septiembre de 2015)

ordenado, produciéndose habitualmente situaciones de violencia cruzada y afectando muchas veces los derechos de la ciudadanía en general. Lo que ha motivado el actuar del Poder Judicial, tanto para reprimir los delitos cometidos en el contexto de una movilización o manifestación pública como para buscar amparo ante la denominada impropia y desproporcionada fuerza estatal impresa en los manifestantes que han amenazado o perturbado sus derechos fundamentales.

En definitiva, el ordenamiento jurídico chileno ha dejado entregado al Poder Ejecutivo y a las Fuerzas de Orden y Seguridad el diseño y ejercicio de la citada libertad ciudadana, lo que resulta objetable desde el punto de vista de su constitucional, pues como se ha dicho, según las normas de derecho internacional, sólo toca al legislador regular el desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales.

Se ha comprobado nuestra hipótesis relativa a la necesidad de contar con una ley o cuerpo normativo que contenga o sistematice el debido ejercicio de la libertad de los ciudadanos a manifestarse libre y espontáneamente, sin más limitaciones que las que el bien común impongan y que por el contrario a lo existente, se provean disposiciones que estén orientadas a la facilitación de dicho ejercicio y se restrinjan aquellas destinadas a reprimir, muchas veces arbitrariamente, el libre desarrollo de las expresiones sociales de la comunidad.

7 - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

- Gargarella, Roberto, El derecho a la protesta: el primer derecho, Editorial Ad hoc, 2007.
- Cubides, J., Vargas, D., Vivas, T., 2014, "Hacia el estado de la cuestión de Colombia frente al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", VC Editores, Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Legis S.A.

RELATORÍAS

- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005.

- Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, INFORME “Uso de la fuerza al margen de la detención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, de 20 de julio de 2017 [A/72/178].

- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009.

INFORMES Y COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN IDH

- Comisión IDH, CIDH manifiesta preocupación por violencia contra protestas estudiantiles en Chile, Comunicado de Prensa N° 87/11, 6 de agosto de 2011.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015. Capítulo IV.A, Uso de fuerza.

INFORMES Y COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN ONU

- Naciones Unidas, Asamblea General “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile: Nota de la Secretaría”.

- Comunicado de Maina Kiai, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, al término de su visita a la República de Chile (21 al 30 de septiembre de 2015)

SENTENCIAS INTERNACIONALES:

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Corumbiara, Informe N° 32/04 Caso 11.556, párr. 224.

- Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986.

- Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

SENTENCIAS Y DICTÁMENES CHILE

- Dictamen No. 78.143. Contraloría General de la República (14-XII-2011)
- INDH, Protesta Social y Derechos Humanos, Estándares Internacionales y nacionales.
- Excma. Corte Suprema: Sentencia Rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo nono.
- Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol N° 569-2014.
- Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 741-2014.
- Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 1144-2014
- Sentencia I.C.A. de Temuco, causa Rol 34-2019.

NORMATIVA:

- Constitución Política de la República de Chile
- Decreto Ley N°1086, Congreso Nacional de Chile, 1983



O PROBLEMA LÓGICO-SEMÂNTICO DO ENUNCIADO NORMATIVO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À INFORMAÇÃO

MARCUS PAULO RYCEMBEL BOEIRA¹

1 - INTRODUÇÃO

Em meio ao debate entre representacionalistas e inferencialistas, o dilema atinente ao âmbito semântico das normas desponta como assunto de fundamental relevância linguística. Os diversos tipos de posicionamento semiótico dos enunciados normativos, a saber, como atos performativos, discursos imperativos, enunciados condicionais, fontes proposicionais ou mesmo como atos desprovidos de atributos proposicionais assertivos, revela o contraste existente entre as teorias semânticas atinentes a natureza dos conceitos jurídicos, como também o desacordo correspondente ao grau de abertura semântica de tais atos linguísticos.

As normas jurídicas ocupam espaço de considerável importância no imaginário das sociedades democráticas. Pouco enfrentada, a metalinguagem subjacente à estrutura composicional das normas é temática de inquestionável relevância tanto para as teorias da argumentação jurídica como para o conjunto das operações inferenciais e dos teoremas de lógica deôntica. No caso específico das normas constitucionais, o aspecto semântico que as revestem de significação constitui uma exigência indispensável para a adequação entre os conceitos constitucionais e a realidade sociopolítica. No presente artigo, teceremos algumas considerações sobre a estrutura composicional dos enunciados normativos e o modo como uma norma constitucional em particular catalisa um feixe *sui generis* de significados: o art. 5º, XIV, que trata do “direito de acesso à informação”.

2 - A ESTRUTURA COMPOSICIONAL DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

Partindo da constatação de que toda norma jurídica é um signo e, ao mesmo passo, um preceito, é notável que o caráter de seu significado é um tanto singular se comparado a outros signos.

1 Professor de Filosofia do Direito e Lógica Deôntica na Faculdade de Direito da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Doutor e Mestre pela USP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq *Lógica Deôntica, Linguagem e Direito*.

O significado normativo é determinado por operadores deônticos condicionais, comparativamente a outros modelos de significação próprios dos atos constatativos da linguagem ordinária ou mesmo em contextos de significação em que asserções metalinguísticas sobrevenham à faculdade intelectual dos interlocutores. A dimensão performativa adicionada ao âmbito semântico das normas torna o escopo de seu entendimento prático um requisito epistemológico único e particular, sem o qual não seríamos capazes de descrever os estados-de-coisas abarcados pelo horizonte designativo desta modalidade de signos.

Signo “é aquilo que representa algo distinto de si mesmo à faculdade cognoscitiva”². Como signos convencionais, as normas estabelecem relações semióticas especiais, em que os interlocutores são tomados como agentes engajados, como participantes responsáveis no campo das relações ordenadas por intermédio dos atos normativos.

Como tais, as normas se apresentam por sua própria natureza, a saber, como preceitos. Preceitos compostos por enunciados com inevitável alusão a um campo proposicional descritivo, a saber, com uma abertura predicativa apta a gerar sentidos e significados no mundo da linguagem. É, por isso, fonte de proposição. Uma proposição ganha sentido quando entendida como sentença veritativa contendo valor de verdade³. Logo, não é o caráter preceptivo da norma, senão o elemento descritivo que lhe é extraído, o aspecto que forma a proposição normativa. Do enunciado normativo, campo meramente sintático, obtemos o âmbito semântico, isto é, a dimensão do significado e de seus sentidos correspondentes⁴. Aí reside o campo proposicional, ao que atingimos o *status objetal*⁵, o âmbito de significado propriamente dito, em suma, a

2 SOTO, Domingo de. *Summulae*. 1ª ed. Salamanca: portonarius, 1554, p. 61 e ss. Ver também POINSOT, João (Juan de Santo Tomas). *De los signos y los conceptos*. 1ª ed. México: Universidad Autónoma, 1989, p. 30 e ss.

3 TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica y a la metodología de las Ciencias deductivas*. 1ª ed. Madrid: espasa-calpe, 1977, p. 41 e ss.

4 SCHIRN, Matthias e IMAGUIRE, Guido. *Nomes próprios e Descrições definidas, in Estudos em Filosofia da Linguagem*. 1ªed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 49 e ss.

5 A expressão “status objetal” foi cunhada por PUNTEL, Lorenz. *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia*. 1ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, p. 29. Diz Puntel: “nem mesmo é possível apurar o ‘sentido’ dos enunciados de um filósofo sem fazer referência explícita ao status objetal (status de verdade, etc) dos enunciados a serem interpretados”.

referência⁶. O campo de referência da norma é a ordem social designada como valor a ser perseguido. Para tal, formulamos o *conceito intelectual de ordem*, como uma imagem de relações sociais constituídas por termos e predicados alusivos a ações e omissões empreendidas por sujeitos determinados que componham o universo formal da proposição. O signo próprio que é a norma é dotado de sentido porque, e somente porque faz alusão a uma ordem social ideal, constitutiva de seu status objetal. Por isso, como signo convencional a norma é também signo instrumental, pois aponta para os elementos acidentais que compõem essa ordem objetal, como as ações e omissões predicáveis dessa ordem, tomadas como possibilidades de sentido atinentes a essa mesma ordem, elucidada pelo signo instrumental “norma”. Assim, é ela mesma um outro tipo de signo: signo formal. O signo instrumental, nesse sentido, é sempre dependente do signo formal, do mesmo modo que as ações abarcadas na proposição normativa como desejáveis ou indesejáveis, reprováveis ou aprovadas, em suma, apropriadas ou inapropriadas, sempre o serão em relação à ordem designada como status objetal.

A norma jurídica pode ser originada por imposição ou instituição. Em nações democráticas revestidas de *Estado de Direito* é mister que instituições autorizadas pela ordem constitucional sejam detentoras da competência funcional para estabelecer, criar, reconhecer, modificar e extinguir normas jurídicas. De qualquer maneira, as normas jurídicas são expressões públicas dotadas de sentido comum. Como tais, são assumidas como regras e/ou princípios⁷. Podem significar convencionalmente de dois modos: de modo formal, quando aludem a uma ordem objetal que está contemplada em seus enunciados, ou a outra ordem, quando empregada por analogia para reger um amplexo de relações sociais semelhantes/análogas àquelas que o Direito busca regular diretamente.

A linguagem é o recurso de acesso ao mundo, à inteligibilidade dos entes que se apresentam ao intelecto de um modo proporcional e adequado segundo a natureza predicativa correspondente. É, portanto, portadora de uma universalidade, interpretada segundo o posicionamen-

6 FREGE, Gottlob. *Sobre o sentido e a referência* (1892), in *Lógica e Filosofia da Linguagem*- conjunto de artigos de G. Frege org. por Paulo Alcoforado. 1ª ed. São Paulo: Edusp, 2009, p. 131.

7 Embora reconheçamos a pertinência da distinção entre regras e princípios, não entraremos nessa discussão no presente trabalho. Indicamos o trabalho de Humberto Ávila a esse respeito. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43 e seguintes.

to teórico e prático da totalidade dos signos disponíveis para os sujeitos humanos. Dentro disso, reconhecer que as normas jurídicas estão submetidas a uma taxonomia dos significados é enxergá-las dentro de uma escala específica de posicionamentos, a depender do ângulo de perspectiva a que uma dada faculdade cognoscitiva possa tramar.

Quando tomamos a norma jurídica como signo, o fizemos dentro do mundo de linguagem a que faz alusão, concebendo-a como matriz de intelecções e significados, em suma, como algo atinente ao universo de significação. Ou ainda, como *estrutura composicional*: (i) campo sintático do enunciado normativo e (ii) campo semântico do significado normativo. Os rudimentos da filosofia da linguagem são forjados para esclarecer os aspectos semânticos da norma, concebendo-a como signo enunciativo e significativo, sobre o qual recaem dois tipos de linguagem: a linguagem-objeto e a metalinguagem⁸.

No universo do Direito, a norma é tomada como parte integrante de um dado sistema jurídico, concebida como uma partícula atinente ao universo social ordenado por instituições. A teoria do Direito e do Estado debruçam-se sobre a norma no intento aqui manifesto, concebendo-a como componente fundamental para uma ordem político-jurídica.

Como signo de linguagem, a norma jurídica faz alusão aos modos de existência reconhecidos dentro de uma ordem objetal, como referentes de sentidos possíveis condizentes com as formas de vida da própria comunidade como tal. Evoca o nível de identidade comum a que se engajam os sujeitos humanos abarcados pelo horizonte de determinação desta concepção de ordem.

O posicionamento da norma jurídica dentro das modalidades de significação dirige-nos a verificá-la sob diferentes contextos, a depender do posicionamento que assumimos para conhecê-la. Se a filosofia da linguagem, a teoria do Direito, a teoria do Estado e a História do Direito corroboram para preencher o mundo metalinguístico voltado para explicitar esses posicionamentos, a análise decomposicional da norma jurídica caminha na direção paralela, erigindo a teoria do conhecimento jurídico como uma teoria do conhecimento normativo, reconhecendo cada qual dos ângulos abordados como necessários para a análise rigorosa da norma em campos diversos, permitindo uma investigação da proposição

8 Sobre as divisões estruturais e nivelares da linguagem normativa, ver KALINOWSKI, Georges. *Logica del Discurso Normativo*. 1ªed. Madrid: editorial tecnos, 1972, p. 20 e ss. Ver também ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y el Derecho*. 1ªed. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1991, p. 331.

normativa a partir do aspecto interno-reflexivo e fornecendo condições para que a lógica jurídica em geral e a lógica deôntica em particular possam erigir teoremas e inferências sustentadas não diretamente na norma, mas na proposição normativa, entendida aqui como a sentença descritiva do campo de significado da norma, dotada de valor de verdade⁹.

3 - SIGNIFICADOS NORMATIVOS?

Como vimos, a norma jurídica pode ser contemplada em dois sentidos: no primeiro, por possuir uma estrutura sintático-formal, quando é entendida como signo apto a gerar significados, ou seja, como um enunciado preenchido por termos e predicados¹⁰; no segundo, como um signo que aponta um fim externo, para um campo de referência fora de si, ou melhor, para a ordenação de determinadas condutas, motivo pelo qual faz menção a uma imagem futura da ordem social, uma sociedade *secundum ratione ordinata*. A norma tem como escopo significar, atribuir sentido à uma referência externa, que se realiza em sua própria propensão implicacional e predicamental. A norma é, portanto, fonte de uma proposição de sentido e designadora de uma ordem, de um status objetal.

Assim, o ato de significação pode ser visto em duas acepções: genericamente, quando condiz com signos que podem ser expressos por vozes ou que não admitam modalidade sintática, como um objeto de razão indefinível, por exemplo; e especialmente, quando só podem ser expressos vocal ou terminologicamente. A constatação que distingue a acepção geral da especial demonstra que vozes e termos são expressões primárias de signos, como também a imaginação, embora esta faculdade (fantasma) possa retratar signos que não sejam expressos em palavras e termos. A generalidade com que opera a imaginação permite vislumbrar um horizonte aberto de possibilidades que transcendem a delimitação do escopo de significado do signo. Normalmente, associamos nossa faculdade imaginativa com desenhos mentais, narrativas e símbolos de relação que constituem os amalgamas sobre os quais a inteligência se apoia para estabelecer juízos práticos e especulativos. A imaginação desempenha

9 KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. 1ª ed. Paris: Pichon et r. durand-auzias, 1965, p. 35 e ss.

10 A lógica medieval é pautada na articulação entre a lógica proposicional aristotélica e a lógica de termos e predicados. Nesse sentido, ver HISPANUS, Petrus (Portugalensis). *Tractatus: Summulae Logicales*. 1ª ed. México: universidad autónoma, 1986, p. 82.

uma função indispensável para o signo: o abre, relativamente à nossa inteligência, para um horizonte narrativo de coisas, objetos, particularidades, em suma, para uma área ampliada de referência, sobre a qual se estabelecem sentidos e significações.

Quando tratamos do signo, portanto, devemos defini-lo tomando por base seus elementos constitutivos. Os elementos que constituem o signo são necessários para a genealogia dos significados em geral. Primeiramente, constatamos ser impossível a concepção de um signo sem o recurso a uma *faculdade cognoscitiva*, sensível e inteligível, capaz de apreender coisas na realidade pelos sentidos e inteligi-las, como também entender coisas meramente racionais, inexistentes na realidade empírica. Essas coisas chamam-se *entes de razão* na linguagem escolástica¹¹. Todo signo é signo porque é inteligido por uma faculdade que o conhece. Mas, também conta com outros elementos pertinentes à sua gênese. Por isso, em segundo lugar, o signo é de *algo*, ou seja, alguma coisa que idealizamos, que imaginamos quando concebemos o signo. É sempre relativo, predicamental, pelo que é de natureza relacional. Por ser signo, significa. E significar é referir algo externo, distinto de si mesmo. Mas, esse algo demanda *representação*. Então, a representação é compreendida como o terceiro elemento, sem o qual um signo não pode ser significado para uma faculdade cognoscitiva. A tríade do signo – (i) algo, (ii) representação, (iii) faculdade cognoscitiva – permite vislumbrar a conjuntura de dimensões que corroboram para a sua formação¹².

A faculdade cognoscitiva possui, como vimos acima, uma operação sensível, voltada para a apreensão de objetos, coisas individualizadas, mas também ações, relações, reações, posições etc. A apreensão sensível se dá no contato direto da faculdade com uma propriedade sensível, capaz de ser captada como tal. Todavia, nenhum objeto sensível por si só é capaz de informar seus sentidos e referências. Há uma camada mais profunda, constituinte das relações do objeto, que o explica e o justifica perante outros objetos ou faculdades cognoscitivas. Chamaremos esse nível de inteligível, pois somente pela apreensão racional conseguimos captar o sentido relacional, teleológico e posicional das coisas, tecendo uma variedade de juízos sobre a própria coisa como tal. O emprego de símbolos explicativos dos objetos particularizados em análises quantitativas

11 SUAREZ, Francisco. *Disputaciones Metafísicas II: seccion primera*. 1ª ed. Madrid: biblioteca hispánica, 1959, p. 360 e ss.

12 POINSOT, Juan (Juan de Santo Tomas). *De los signos y los conceptos*. Op. Cit., p. 35 e ss.

e functoriais¹³ permite ampliar o conjunto das relações desse objeto com outros, fornecendo os materiais necessários para a constituição de uma *gramática dos particulares*¹⁴. A faculdade cognoscitiva, assim, quando conhece um signo, o toma em sua área mais aparente, mas também penetra o fundo de seu nível de inteligibilidade, encontrando os sentidos e as direções a que os signos em geral aludem.

A evocação de níveis de compreensão dos signos nos abre uma segunda constatação. O signo é algo, alguma coisa que se faz representar. Por ser algo, aparece como particularizado à imaginação, com uma imagem que, embora relacional, constitui um âmbito delimitado de significação, necessário para distinguir-se dos demais objetos e coisas. A particularização do “algo” é etapa fundamental para esgotar o significado do signo, bem como concebê-lo como gênero de relação. Ao fim, por representar algo, o signo faz com que conheçamos essa coisa.

Representar é fazer conhecer, tornar a coisa presente. Fazer conhecer algo. Apoiado na classificação estabelecida por Soto, Beuchot descreve as quatro causas do signo, que fazem conhecer o “algo” ali representado: causa objetiva, causa efetiva, causa formal e causa instrumental. A causa objetiva do signo é o que faz conhecer algo representado objetivamente. É objeto típico representado no signo. A causa efetiva condiz com o “fazer conhecer” efetivamente o signo, isto é, sua origem. A causa formal corresponde a *notícia visual* que se produz pela exegese das duas causas anteriores e que se apresenta ao imaginário da faculdade cognoscitiva, que toma consciência do algo por possuir um objeto e ser originado por ou de alguma coisa. Por fim, a causa instrumental é o aspecto da notícia a partir do qual se recorda a imagem do objeto significado no signo. Tem a ver com a imagem que cada faculdade cognoscitiva faz do objeto e, nesse aspecto, o signo passa a ser visto como meio para outro “algo” objetual representado¹⁵.

A teoria neoescolástica do conhecimento, particularmente na península ibérica, com Domingo de Soto, Francisco de Araujo e João Poinso (J. de St. Thomas) parte da ideia de que a imagem é o objeto do signo, àquilo que desperta no interior da fantasia, afeta e impressiona à

13 TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica y a la metodología de las Ciencias deductivas*. Op. cit., p. 32.

14 STRAWSON, Peter. *Individuos: ensayo de metafísica descriptiva*. 1ª ed. Madrid: Taurus, 1989, p. 139.

15 BEUCHOT, Mauricio. *Significado y Discurso: la filosofía del lenguaje en algunos escolásticos españoles post-medievales*. 1ª Ed. México: Universidad Autónoma, 1988, p. 9.

faculdade cognoscitiva, adquirindo um caráter objetal após passar pelo juízo, sobre o qual recaem sentidos e significações relacionais. É somente por relação a esta imagem idealizada que a faculdade é motivada ao objeto. A isto chamamos *objeto motivo*, ou seja, o objeto que afeta a faculdade cognoscitiva, remetendo ao conhecimento de outra coisa que não o próprio signo, aludindo a algo ante o qual se põe a representar e cuja cristalização cognitiva exige um ato de intelecção que se dirija para além do mero significado resoluto no signo. Soto nos dá o exemplo de um quadro cuja imagem é a de um Imperador. No caso, o signo “quadro” motiva a faculdade cognoscitiva a projetar a pessoa do Imperador, como algo que transcende o próprio quadro em si mesmo. O Imperador é o objeto motivo do signo quadro. Todavia, o objeto pode ser visto apenas como tal, sem nenhuma referência a algo externo. O signo não pretende fazer qualquer menção a algo, motivando apenas o conhecimento de si mesmo enquanto algo. Chamamos esse tipo de significado de objeto terminativo. O signo não motiva a nada externo. No exemplo citado, o objeto terminativo seria o próprio quadro como tal, sem nenhuma relação com o Imperador ali contemplado. O objeto motivo é o que move a faculdade a formar uma notícia/representação dele e também a descansar nele como termo final de conhecimento significacional¹⁶.

Tomando a norma jurídica como signo, podemos dizer que possui as quatro causas aludidas. Objetivamente, as normas designam uma ordem ideal futura da sociedade, relativamente a um campo determinado de ações sociais e relações desejáveis para determinada comunidade linguístico-política. A ordem é compreendida como um conjunto específico de relações dotadas de sentido pelas normas, pois se projetam como designadoras de uma concepção de sociedade radicada em uma determinada estrutura de ações humanas condicionadas por bens a serem perseguidos pelo Direito.

Porque afetam à faculdade cognoscitiva do agente, isto é, daquele que pertence a uma comunidade de sujeitos que direta ou indiretamente são afetados pela norma e que devem se comportar de acordo com o fim perseguido por ela, a norma jurídica é objeto motivo de uma ordem social almejada. É dizer: seu conjunto de enunciados convida o agente a perseguir um fim que se torna inteligível pela estrutura gramatical e simbólica ali presente, mas que exige uma ampliação da intelecção para além da mera terminação de sua forma. Enquanto o objeto motivo da norma é a ordem, o objeto terminativo é sua dimensão proposicional evocada pela

16 SOTO, Domingo de. *Summulae I*. Op. Cit., p. 61.

estrutura formal dos enunciados do signo normativo.

Por essa razão, podemos assumir que, enquanto signo, a norma possui duas partes: uma parte enunciativa e uma parte proposicional. A parte enunciativa condiz com a dimensão sintática da norma, com sua “gramática interior”. Seu conjunto de termos e predicados performativos, termos singulares e propriedades terminológicas que, conjuntamente, formam o conceito normativo. O enunciado normativo é o objeto terminativo. A norma é vista aqui por sua textura gramatical, independentemente do motivo que possa suscitar no agente. A parte proposicional, por outro lado, é a designação externa que a norma provoca no agente, motivando-o a se comportar de maneira a perseguir a ordem contemplada na norma. Isto porque a dimensão semântica coincide com o feixe de significações que penetram o mundo social intersubjetivo das condutas e expectativas humanas.

Significativamente, portanto, a norma é uma estrutura composicional, cuja causa objetiva aponta duas modalidades pelas quais pode ser conhecida: como termo final (objeto terminativo) e como motivação para um fim (objeto motivo)¹⁷.

A *causa objetiva* da norma, portanto, condiz com as duas partes. Dizemos com base nisso, que a norma é fonte de proposição de sentido, pois possui um objetivo externo ao seu aspecto gramatical, onde encontra significação e determinação, ainda que dependa da estrutura gramatical do enunciado normativo.

Considerando os vários tipos existentes de proposições de sentido, tomamos a proposição normativa como um tipo particularíssimo, cujo “sentido” está em descrever os estados-de-coisas no mundo das obrigações, permissões e proibições, ou seja, de reificar sentenças descritivas com valor-de-verdade, constituintes de determinadas relações entre sujeitos e objetos, capazes de promover a ordem idealizada como um fim a ser perseguido pelos destinatários da norma jurídica. Assim, enquanto objeto terminativo, a norma é uma estrutura sintática dotada de âmbito semântico. Enquanto objeto motivo, a norma é fonte de designação a uma referência externa, qual seja a própria imagem da ordem social como tal.

A *causa efetiva* da norma tem a ver com o conjunto das condições que originaram a norma, como demandas sociais, vontade do legislador, atuação estatal etc. Podemos separar dois tipos específicos de causa efetiva: causa efetiva estatal e causa efetiva social. A causa efetiva estatal condiz com os atos do Estado que põem a norma no sistema jurídico, como

17 Op. cit., p. 76 e ss.

o processo de elaboração de leis, o processo legislativo, a atuação do legislador, ou qualquer outra forma pela qual o Estado atue na confecção da norma. A causa efetiva social pode ser entendida como a idealização da sociedade por uma conjuntura de bens resumida em uma concepção de ordem (objeto motivo da norma) que impõe uma exigência social para o nascimento da norma como tal. A causa efetiva social *normalmente* é anterior à causa estatal, pois esta atua a partir das reivindicações daquela.

A *causa formal* condiz com a forma da norma, que se coaduna com a forma da ordem designada e com a forma das ações contempladas nessa idealização de ordem. Formalmente, a norma aduz a uma estrutura dentro da qual as situações e circunstâncias sociais são abarcadas e se articulam com fins correspondentes. A forma da norma coincide com a forma da ordem aludida em sua dimensão implicacional, pelo que abre-se, a partir do âmbito semântico, para um horizonte de determinações de sentido análogo a escala de predicções do axioma proposicional normativo. Vale dizer, entre o enunciado normativo e o status objetal situa-se a proposição normativa, de onde são tiradas determinações de sentido à cada caso concreto abarcado pela zona de incidência da norma, quando então alargam-se as paredes semânticas da regra e se expandem as possibilidades de interpretação normativa.

Por fim, a *causa instrumental* tem a ver com a norma tomada como instrumento de realização da ordem social idealizada, servindo de meio através do qual as situações possivelmente contempladas na concepção de ordem são conhecidas como predicados universalizáveis de ação e, assim, pertencentes ao âmbito de incidência da norma.

A norma jurídica, assim, move o agente a conhecer uma dada concepção de ordem social particularizada em um âmbito específico de relações sociais desejáveis, por refletirem bens devidos aos seres humanos e dotados de valores estimados pela comunidade linguístico-política. Por outro lado, a norma dá-se a conhecer à faculdade cognoscitiva, terminando na estrutura composicional conjeturada por enunciados e símbolos gramaticais exclusivos desta mesma comunidade (exemplo, uma norma jurídica pertencente ao direito brasileiro é redatada na língua portuguesa).

O significado da norma, assim, aponta para fora de sua estrutura sintática restrita. Significar é fazer presente algo ideal, futuro, estatuído como *status objetal* do signo. O objeto motivo da norma está em motivar a cognição dos agentes em direção a um horizonte social imaginado como adequado para estruturar os diferentes modos de vida da comu-

nidade a que alude, compondo universos narrativos dotados de sentido para os sujeitos que lha integram, ao passo que o objeto terminativo encerra sua pretensão nos pátios sintáticos do enunciado, tendo em vista o mero aspecto estrutural interno e a dimensão estético-formal da norma.

A união entre o objeto motivo e o objeto terminativo¹⁸ constitui a norma como fonte de proposição de sentido- *proposição normativa*-, cuja direção coercitiva aponta para a exigibilidade de perseguir uma determinada ordem referencial, dotada de significação a partir da norma e de seus predicados de interpretação, mas que condiciona uma visão específica sobre um dado âmbito de relações humanas sociais específicas.

A análise sintomática das causas de significado das normas jurídicas permite-nos dizer que procuram representar uma concepção de ordem a ser perseguida.

- Objetivamente, a norma reúne uma estrutura composicional composta por enunciados descritivos e enunciados prescritivos dotados de coercitividade, a saber, é tomada como objeto terminativo e/ou objeto motivo.
- Efetivamente, pressupõe um ato de decisão estatal que lhe ponha no sistema jurídico, institucionalizando as sanções que lhe sejam correlatas.
- Formalmente, a norma indica a delimitação da ordem por meio de uma estrutura comum, que condiciona as ações humanas abarcadas em sua imagem mediante meios, fins e agentes determinados. A estrutura da ordem social contemplada na norma acarreta exigências para sua interpretação. A primeira e mais fundamental delas está na predicabilidade lógica da estrutura. Estrutura condiz com o espaço de fronteira da referência narrativa da ordem. Toda ordem pressupõe agentes determinados, meios adequados e finalidades correspondentes. A tomada de consciência do fim atribui aos agentes uma identidade comum, uma identidade concebida a partir de uma relação de autenticidade, em que os sujeitos pertencentes ao espectro narrativo da ordem perseguem fins comuns que lhes fornecem uma autenticidade na comunidade em que vivem, autenticidade essa que atribui sentido a existência coletiva desses sujeitos.
- Instrumentalmente, a norma é fonte de proposição de sentido, normativa, vista por atinência às relações sociais que contempla. Quanto maior o número de relações humanas abarcadas na concepção de ordem, maior deverá ser o aparato instrumental

18 POINSOT, Juan (Juan de Santo Tomas). *De los signos y los conceptos*. Op. Cit., p. 35 e ss.

do enunciado normativo. A proposição originada a partir da norma, como também suas interpretações possíveis, são predicados lógicos da ordem. O conjunto formado pela proposição normativa e por sua exegese posterior constitui uma escala de determinação da ordem, condicionada pela estrutura comum, e substancialmente composta por cada âmbito específico de incidência social. A causa instrumental da norma está na estrutura implicacional que possui, isto é, na abertura de que é dotada para perseguir algo externo ao conjunto sintático que lhe constitui como signo terminológico, lhe dando transcendência e adequação lógica à variabilidade de predicados.

Se significar formalmente quer dizer dar a notícia formal à factualidade cognoscitiva e representar por si uma determinada estrutura condicionante, implícita no status objetual a que o signo faz alusão, então é possível deduzir que a causa formal da norma coincide com sua objeção terminativa. Ou seja, quando a norma não motiva nada além de si mesma, instigando o leitor a apenas conhecê-la proposicionalmente, sem qualquer articulação externa, pode ser tomada como objeto terminativo. Aqui, nos deparamos com a dimensão estético-gramatical da proposição normativa, sem qualquer alusão ao status objetual de ordem.

Por fim, a norma pode ser vista pelas propriedades que a constituem: sujeitos, predicados, agentes e verbos correspondentes. Os sujeitos da norma são estabelecidos como indivíduos cujas ações ou omissões possam repercutir na esfera relacional ou dispositiva de outros indivíduos de igual estatura perante o sistema de normas e, a partir disso, sujeitos às mesmas condições implicacionais. Roberto Vernengo, em artigo escrito com Luis Alberto Warat, nos chama atenção para a distinção entre nomes próprios e nomes gerais, distinguindo-os pelo grau de especificidade que evocam. Nomes próprios são específicos, destinados a retratar indivíduos concretos ou objetos particularizados no mundo, viabilizando um sentido mais reduzido de significação à referência. Nomes gerais, por outro lado, abrangem diversos objetos ou indivíduos, preenchendo um âmbito maior de significação, cujo sentido é mais elástico ante a referência¹⁹. A parte mais significativa da linguagem humana se desenvolve sob a regência dos termos gerais, constituindo um mundo de linguagem inteiramente aberto e vivo, capaz de retratar de modo menos circunstancial as vicissitudes das

19 VERNENGO, Roberto e WARAT, Luis Alberto. *El Significado de los términos generales y sus problemas*. 1ª ed. Buenos Aires: cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1974, p. 9 e 10.

ciências práticas em geral, como é o caso da ciência do Direito.

Dizer que a norma conta com agentes determinados, não significa assumir que estes agentes já estejam previamente selecionados na sociedade. Significa, sim, que os indivíduos de uma comunidade estão sujeitos à condição de agente, desde que preencham os requisitos de incidência que os tornem agentes “determinados”. Assumir que é pela ação ou omissão que se tornam agentes determinados pressupõe assentir que estes indivíduos, de alguma maneira, se determinam juridicamente por atos sucessivos de vontade. O ato de decisão que explicita a intenção é constituinte para a definição do indivíduo como um *agente determinado*. Tal determinação, por sua vez, é seguida por uma repercussão social do ato de decisão desse agente, que instaura uma variedade de consequências ao estado desse indivíduo na comunidade frente ao parâmetro de ordem previsto no status objetal. A alteração do estado de coisas provocada pela decisão desse indivíduo permite inferir que o verbo e o conjunto de predicados gramaticais e ontológicos coincidem com o ato de decisão do indivíduo relativamente às ações e/ou omissões que possa ter perseguido, engajando-se como agente que se autodetermina em conformidade ou em desconformidade com a ordem explicitada nos enunciados normativos.

A norma, portanto, pode ser vista também como estrutura oracional, composta de sujeitos, verbo(s) e predicados gramaticais, como também como estrutura existencial, do tipo: (i) alusão a um futuro (ordem a ser perseguida), (ii) ações determinantes de implicações (implicações que podem ser de incidência da norma, incidência sobre um ou alguns indivíduos, ou ainda implicações que acarretam a autodeterminação dos indivíduos, como é o caso de um indivíduo que, por cumprir a norma dentro do prazo e sob condições livres, recebe um prêmio dado por esse cumprimento), (iii) condicionamentos à agentes em razão do caráter persecutório da ordem, condicionamento que ganha legitimação em razão do ponto de vista imparcial da norma jurídica.

A direção das normas deve contar com agentes determinados, relações previstas como desejáveis segundo o tipo ideal de ordem contemplada como *status objetal* e verbos e predicados correspondentes. Assim, sua direção se dá à faculdade cognoscitiva, mas principalmente à situação designada como gênero de ação pertencente ao âmbito de ordem do status objetal, situação esta contrária ou conforme ao functor deontico previsto na proposição normativa (ou que também pode ser tomado como proposição verdadeira ou falsa relativamente ao âmbito semântico da norma)²⁰.

20 VON WRIGHT, G. Henrik. *Norm and Action: a logical enquiry*. 1ªed. Londres:

4 - O CARÁTER SEMÂNTICO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais são enunciados de natureza especialíssima. O âmbito de significação de normas deste tipo apresenta-se como feixe aberto, abrangendo um conjunto indeterminado de interlocutores na comunidade política. O núcleo duro de significação das normas constitucionais será variado, na medida em que as normas possuam amplos mais ou menos restritivos de referência.

Assim, sondar as propriedades constitutivas de cada enunciado normativo presente na Constituição exigiria que especificássemos qual área da realidade sociopolítica a norma constitucional se propõe a regular.

De um modo geral, os atos linguísticos podem ser constataivos ou performativos²¹. São constataivos quando descrevem estados-de-coisas do mundo; performativos, quando sua força de significação resulta em alguma transformação no ambiente externo. Algumas normas constitucionais, no âmbito semântico que as compõe, desempenham ambas as funções, descrevendo as condições do mundo social, mas igualmente condicionando as instituições sociais e políticas a perseguirem os objetivos traçados na sua plataforma referencial, dispondo sobre responsabilidades atinentes ao seu descumprimento.

A elasticidade semântica dos enunciados normativos presentes na Constituição é devida: (i) porque a Constituição estabelece diretrizes gerais, cláusulas abertas; (ii) porque o caráter metalinguístico presente em seu texto requer uma abrangência considerável de situações, perspectivas, agentes, circunstâncias, meios e objetos; (iii) porque os objetivos da Constituição convergem para a ordem na comunidade política, exigindo algumas medidas e requerimentos de racionalidade prática dos agentes por cujas ações ou abstenções o estado constitucional se concretiza não apenas como uma ideia, mas sobretudo como um projeto singular; (iv) porque o trabalho operacional das instituições em levar a cabo o projeto constitucional demanda tempo, custos, esforços e diligências baseadas em princípios sensíveis, o que requer graus redobrados de atenção e cuidado com os bens humanos básicos.

Dentro deste escopo, as normas constitucionais são dispostas para articular os diferentes âmbitos da realidade sociopolítica em uma

Routledge and Kegan Paul, 1963, p. 139 e ss.

21 AUSTIN, John L. *How to do things with words*. 1ª ed. Oxford: clarendon press, 1962, p. 12 e ss.

noção geral de ordem, mais ampliada, dentro da qual os agentes públicos e privados encontrem sentido e significação juspolítica.

5 - O “ACESSO À INFORMAÇÃO”: NORMA CONSTITUCIONAL SUI GENERIS

Afirmamos anteriormente que desde um ponto de vista instrumental, a norma jurídica é fonte de proposição de sentido, normativa, vista por atinência às relações sociais que contempla. Quanto maior o número de relações humanas abarcadas na concepção de ordem, maior deverá ser o aparato instrumental do enunciado normativo. A proposição originada a partir da norma, como também suas interpretações possíveis, são predicados lógicos da ordem. O conjunto formado pela proposição normativa e por sua exegese posterior constitui uma escala de determinação da ordem, condicionada pela estrutura comum, e substancialmente composta por cada âmbito específico de incidência social.

E quando a norma jurídica tratar de uma garantia constitucional cujo âmbito de significação é autoevidente? A saber, quando sua postulação é exigida antes mesmo de qualquer raciocínio prático? Para agirmos, somos impelidos a perseguir determinados. Mas para tal, somos obrigados a conhecer previamente os fins almejados. E para persegui-los, temos de contar com certas garantias. Pois bem. O acesso à informação sobre o conteúdo proposicional dos fins é imperativo para o sentido dos atos humanos. Então, que tipo de designação uma norma constitucional que estabelece a garantia do acesso à informação requer como status objetal? Qual o objeto designativo referido por esta norma? E que conjunto de relações humanas ela aponta em termos de atitudes proposicionais?

Como conjunto de normas constitucionais que são, em maior ou menor medida, simultaneamente constatativas e performativas, a Constituição de 1988 aparece como mosaico de legitimidade para toda a realidade político-social, uma vez que aloca os âmbitos da realidade constitucional (exemplo: direitos fundamentais, sistema tributário, ordem econômica, sistema financeiro, instituições políticas e jurídicas, institutos de produção política e normativa etc.) e os coloca em constante relacionamento²², estabelecendo um verdadeiro caráter dialogal entre eles. Irrompe, assim, o caráter jurídico-normativo, que espelha uma realidade

22 Sobre o relacionamento constitucional, ver VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría General de las Relaciones Constitucionales*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2000, 172 pgs.

que é anterior ao próprio texto (dimensão constatativa) e estabelece, mediante eficácia normativa, as relações necessárias para o diálogo constitucional (dimensão performativa).

Enquanto reflexo da realidade, a Constituição de 1988 possui caráter estático de mera observância da realidade existencial, demonstrando um retrato da sociedade política brasileira em suas diversas tendências e vivências. É, portanto, expositora da vivência dos atos e fatos que constituem a realidade brasileira.

Em outro sentido, ou seja, como normatizadora das relações entre os atos e fatos, a Constituição estabelece a conjuntura de suas normas, buscando eficácia sobre a realidade e, ao mesmo passo, movimentando a vida política e jurídica brasileira. É neste sentido que despontam as Instituições políticas, canais de intermediação e reconhecimento, como também pilares catalisadores do diálogo constitucional. Os relacionamentos constitucionais dependem do caráter vigilante, operante e mediador das instituições, pois nelas ganham vida e significação constitucional.

Neste escopo, o artigo 5º, XIV dispõe: “É assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O acesso à informação é indiscutivelmente um dos pilares centrais do (i) Estado de Direito, da (ii) democracia constitucional, dos (iii) direitos fundamentais e, em última análise, da (iv) dignidade da pessoa humana. Do (i) Estado de Direito, pois a limitação do poder político só pode ser levada a frente por uma sociedade esclarecida e ciente dos modos diversos de movimentação dos agentes públicos no interior das Instituições, dentre os quais os representantes políticos e os servidores públicos em geral; da (ii) democracia constitucional, porque a ciência dos programas sociais e das plataformas políticas constituem o coração do regime democrático, isto é, a condição de possibilidade de um voto consciente e pautado em perspectivas que se mostram conhecidas pelos cidadãos; dos (iii) direitos fundamentais, pois do titular de uma garantia constitucional exige-se a prévia informação sobre a natureza, o objeto e a finalidade que revestem seu direito como tal, como também a própria consciência de sua posição na comunidade política; por fim, da (iv) da dignidade da pessoa humana, ser individual e social, consciente e capaz de agir em conformidade com certos bens que são perseguidos pela comunidade política, razão pela qual se lhe exige um conjunto prévio de informações para ver-se e ver os outros como a) cidadão(s), b) membro(s) de um Estado nacional, c) membro(s) de uma comunidade política internacional, d) titular(es) de direitos e deveres, e) sujeito(s) responsável(is) e autônomo(s).

Como se percebe, o acesso à informação é uma garantia constitucional porque se situa na antessala dos direitos e dos deveres constitucionais. Somente mediante a ciência de certos atributos que definem o ser humano como um sujeito de direitos e obrigações, sejam elas privadas ou públicas, é possível tomá-lo como um cidadão, um nacional, um estrangeiro, um proprietário, um contribuinte, um agente público ou um membro de uma corporação. As diferentes políticas de identidade que orbitam em torno do atual Estado constitucional dependem, para sua adequada implementação, de exigências prévias ancoradas no acesso à informação. As especificações e as exceções que tal garantia estipulam são restrições oriundas do necessário sopesamento que o âmbito de significação desta garantia requer para sua correta articulação com outros princípios constitucionais sensíveis, como o direito ao sigilo e, mais propriamente, o caso do sigilo profissional.

A característica *sui generis* desta norma constitucional se deve ao fato de que a *informação* está na base da própria inteligibilidade de todas as demais normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou não. O princípio clássico do direito de que *ninguém pode invocar para seu próprio benefício o desconhecimento da lei* requer o argumento correlato de que o conhecimento das regras é condição para a conservação do Estado de Direito e, em maior medida, de toda ordem social. O acesso ao sistema jurídico, bem como às condições de responsabilização social que cada um pode sofrer exige o prévio conhecimento da informação constitucional e normativa.

Surge, aqui, então, a indispensável consideração que se deve ter pelo âmbito semântico das normas jurídicas, a saber, as proposições normativas, extraídas do escopo referencial das regras, do status objetal, um âmbito delimitado mínimo de significação que toda e qualquer norma possui como tal para sua própria inteligibilidade, como vimos anteriormente.

O status objetal da norma constitucional que estabelece a garantia de acesso à informação, ressalvadas as exceções previstas, apresenta-se como um horizonte aberto, ampliado e indeterminado, dado que condiciona toda a vida do direito e da sociedade, nos quais a informação é requisito *sine qua non* para a própria existência da comunidade política.

A proposição normativa extraída da norma em questão estabelece três postulados descritivos correspondentes: (i) toda a vida do direito e dos agentes como sujeitos de direitos e obrigações depende da aberta semântica do enunciado em questão; (ii) dado que a “informação” é um requisito epistemológico evidente segundo as exigências do raciocínio prático, todo e qualquer entendimento realizado pela faculdade cognoscitiva sobre o significado normativo deste dispositivo constitucional será

anterior a todo e qualquer entendimento que se possa ter sobre as demais normas da Constituição; (iii) o status objetal do inciso XIV é aberto, indeterminado e preenchido em todos os casos em que a existência da comunidade política seja articulada com a vida do sistema jurídico.

O acesso à informação normativa torna a disposição constitucional estabelecida no inciso XIV uma regra de caráter circular, de modo que sua própria inteligibilidade requer uma ciência prévia de sua própria estatura semântica, já que a estrutura sintática de seu texto nada faz senão expressar algo anterior e superior à sua própria condição de garantia, um bem evidente por si mesmo, *per se nota*, a saber, o de que o *conhecimento* é condição anterior para que a inteligência do dispositivo constitucional, seja do inciso em questão e também de qualquer outro, possa ser inferida em um estado-de-coisas do mundo social. O conhecimento e, portanto, a posse prévia da informação, constitui uma forma básica de bem humano que é tomada, por todo aquele que deseja acessar o conhecimento do direito e, assim, de sua condição na ordem juspólitica, como pilar da dignidade da pessoa.

6 - CONCLUSÃO

O acesso à informação é uma garantia constitucional porque, e somente porque, condiciona toda a vida de um agente na comunidade política, tornando-o sujeito de direitos e obrigações, com capacidade postulatória para reivindicar a autenticidade da informação obtida e/ou cotejá-la em contextos análogos, desde que as intenções práticas ao exercício de qualquer direito ou faculdade estejam abrigadas pela Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y el Derecho*. 1ª ed. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1991.

AUSTIN, John L. *How to do things with words*. 1ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1962.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEUCHOT, Mauricio. *Significado y Discurso: la filosofía del lenguaje en algunos escolásticos españoles post-medievales*. 1ª ed. México: Universidad Autónoma, 1988.

FREGE, Gottlob. *Sobre o sentido e a referência* (1892), in *Lógica e Filosofia da Linguagem*- conjunto de artigos de G. Frege org. por Paulo Alcoforado. 1ª ed. São Paulo: Edusp, 2009.

HISPANUS, Petrus (Portugalensis). *Tractatus: Summulae Logicales*. 1ª ed. México: Universidad Autónoma, 1986.

KALINOWSKI, Georges. *Lógica del Discurso Normativo*. 1ªed. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

_____. *Introducción a la lógica jurídica*. 1ªed. Paris: Pichon et r. durand-auzias, 1965.

POINSOT, João (Juan de Santo Tomas). *De los signos y los conceptos*. 1ª ed. México: Universidad Autónoma, 1989.

PUNTEL, Lorenz. *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia*. 1ª ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

SCHIRN, Matthias e IMAGUIRE, Guido. *Nomes próprios e Descrições definidas, in Estudos em Filosofia da Linguagem*. 1ªed. São Paulo: Loyola, 2008.

SOTO, Domingo de. *Summulae*. 1ª ed. Salamanca: Portonarius, 1554.

STRAWSON, Peter. *Individuos: ensayo de metafísica descriptiva*. 1ª ed. Madrid: Taurus, 1989.

SUAREZ, Francisco. *Disputaciones Metafísicas II: sección primera*. 1ª ed. Madrid: Biblioteca Hispánica, 1959.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la Lógica y a la metodología de las Ciencias deductivas*. 1ª ed. Madrid: espasa-calpe, 1977.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría General de las Relaciones Constitucionales*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2000.

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 2

VERNENGO, Roberto e WARAT, Luis Alberto. *El Significado de los términos generales y sus problemas*. 1ª ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.

VON WRIGHT, G. Heinrik. *Norm and Action: a logical enquiry*. 1ªed. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963.

JUSTIÇA E ESPETÁCULO: A MÍDIA E O JULGAMENTO DO CASO *MENSALÃO*

MAREN GUIMARÃES TABORDA¹

THALES BORGES DELAPIEVE²

INTRODUÇÃO

Ao longo da segunda metade do século XX, no período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial, muito se tem falado acerca da influência que diversificação de meios de comunicação e o aumento substancial de estímulos ao consumo tem influenciado nos rumos tomados pela civilização ocidental. A grande oferta de bens de consumo tem levado a um condicionamento midiático que estimula esse consumo por meio da propaganda.

De outra parte, é preciso considerar, na perspectiva teórica deliberativo-procedimentalista, que o substrato social (necessário para a realização de um sistema de direitos) é formado também pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, através de processos democráticos de discussão. Por isso é fundamental a domesticação do poder da mídia. Nos termos de uma política deliberativa, os meios de comunicação de massa devem ser mandatários de um público esclarecido,

1 Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha. Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Grupo de Pesquisa: *Transparência, direito fundamental de acesso à informação e participação na gestão da coisa pública*. Orcid. org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br

2 Graduado pela PUCRS. Pós-graduado lato sensu pela Escola Superior da Magistratura do RS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Mestre em Direito pela FMP - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Grupo de Pesquisa: *Transparência, direito fundamental de acesso à informação e participação na gestão da coisa pública* Email: thales.delapieve@terra.com.br

capaz de aprender e criticar. Além disso, devem aceitar imparcialmente as sugestões do público e preservar sua independência frente aos atores políticos e sociais (HABERMAS, 1984, p. 212; BARZOTTO, 2003, p. 17; TABORDA, 2017, pp. 437 et seq.). Dúvidas não existem de que a comunicação hoje ocupa todos os espaços da vida, estrutura os valores, define a agenda pública, dá uma conotação valorativa à realidade existente, dizendo o que é bom e o que é verdadeiro, razão pela qual aquele que aparece na mídia é confiável. É ela que define qual a pauta de discussão nacional, qual informação será ou não transmitida, podendo escolher os temas de tal forma que, somente assuntos que lhe interessam sejam divulgados. (GUARESCHI, 2013, pp. 36-37).

Por conseguinte, observado o contexto atual de uma sociedade de consumo em que estamos inseridos, deve ser considerada a influência que a mídia e a propaganda exercem sobre o próprio Judiciário. Todavia, para tratar da influência da mídia em julgamentos não é suficiente ater-se as concepções trazidas pelo direito acerca da matéria, dada a sua natureza, a qual não é típica do mundo jurídico. É fácil perceber que a controvérsia perpassa uma análise mais profunda que aquela meramente jurídica acerca do contexto descrito, uma vez que o estudo da influência da mídia não é algo próprio do mundo jurídico; de sorte que faz-se necessário o auxílio de outros campos da ciência para que se possa analisar a questão posta com o devido rigor necessário, se mostrando obrigatório um exame transdisciplinar acerca do assunto aqui tratado, qual seja, a influência que mídia exerce nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Em tal perspectiva, o estudo do fenômeno em questão não pode prescindir de que se trabalhe com alguns conceitos importantes da Comunicação Social a respeito do assunto, observado que é esta a área do conhecimento que se dedica ao estudo do fenômeno da comunicação e como esta se manifesta através da mídia e sua influência nos grupos sociais. Assim, o presente ensaio analisa a influência da mídia em julgamentos, mais especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que exerce dupla função no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a instância máxima do Judiciário nacional e Corte Constitucional. Os julgamentos do Supremo Tribunal mostram que a Corte é também o *locus* próprio para apreciação da influência da mídia na opinião pública, pois esta exerce pressão sobre os julgadores em questões complexas, que tem expressiva repercussão dentro de nossa própria democracia constitucional, dada a transmissão ao vivo de julgamentos de grande relevância pela *TV Justiça*.

No caso concreto da *Ação Penal 470*, uma parcela considerável da

sociedade brasileira passou a conhecer desde o número do registro processual da ação, até o funcionamento do STF e de seus inúmeros processos (algo atípico em nosso País). Conhecida a ação popularmente como *Processo do Mensalão*, tal ação mostrou-se uma ilustração da espetacularização da Justiça pela mídia, com a conversão de um julgamento de uma ação penal em *reality show*, com cobertura minuto a minuto pelos grandes veículos de comunicação e o início de uma nova fase da atuação da mídia na cobertura dos julgamentos do STF.

Postas tais premissas, o trabalho explicita, em um primeiro momento, o panorama recente do STF e a sua inserção na discussão diária da opinião pública (1), para, em seguida, abordar a influência da mídia na sociedade pós-moderna e seus reflexos no Judiciário, confrontando a premissa estabelecida inicialmente com o processo de *reificação* das relações na sociedade capitalista, conforme concebido por Guy Debord, por meio da transformação de tudo que se passa na sociedade contemporânea em espetáculo para o consumo de massa, com os reflexos na sociedade brasileira dessa espetacularização da Justiça e as implicações negativas dela resultantes (2). O método -, o caminho – para fazer-se a análise é o indutivo (do caso para as teses) e o procedimento, analítico-comparativo, pois procura compreender o significado midiático da decisão judicial em si, com recurso à comparação das posições de autores que trataram especificamente do tema. As conclusões, vão sendo articuladas ao longo da exposição, e vêm alinhavadas ao final.

1 - O STF E O CASO DA AÇÃO PENAL 470

Há, no Brasil contemporâneo, crescente judicialização dos conflitos, da política e das questões sociais em geral, inundando o Judiciário com as mais diversas demandas, postulando pela resolução estes conflitos. Tal judicialização pode ser atribuída, dentre outros aspectos, a tradição brasileira de existência uma Jurisdição única, sendo de competência exclusiva do Poder Judiciário dirimir os conflitos surgidos entre os particulares e o Estado, tanto no âmbito do controle da Administração, quando na fiscalização de constitucionalidade das leis. Ademais, desde a promulgação da Constituição de 1988, o cidadão brasileiro dispõe de um rol de instrumentos de controle do Estado, sem equiparação em nenhum outro sistema jurídico, facilitando o acesso direto do cidadão ao Poder Judiciário (TABORDA, 2014, p. 79). Da mesma forma, nos últimos anos,

tem se evidenciado uma crescente preocupação acerca dos limites capazes de serem opostos à atuação do Poder Judiciário e do Estado como um todo. Por isso, é necessário explicitar o *status* atual do SFT e o caso concreto que se está a discutir.

Com efeito, a ampla judicialização dos conflitos tem elevado o Poder Judiciário a um *status* de superpoder dentro da nação, sobretudo diante da grave crise política, institucional e social por que o país passa no momento, que resulta em uma extensa descrença das instâncias políticas tradicionais e, portanto, de seus representantes eleitos democraticamente para o Poder Executivo e o Poder Legislativo, com a transferência desta representatividade para uma instância de poder na qual o atendimento de demandas políticas não deve ser prioridade, fragilizando a tripartição de poderes, diante de uma sobrevalorização das capacidades do Poder Judiciário de atender as demandas e anseios de uma nação em profunda crise.

Se a Jurisdição Constitucional é a expressão da ideia de Estado de Direito, e o STF é o “órgão constitucional dotado da mais alta autoridade” e “Guardião da Constituição”, sua função na democracia é refrear e controlar o poder, conferindo um certo equilíbrio das forças políticas, através do controle judicial (HESSE, 1998, p. 376). A Justiça Constitucional é, pois, uma instituição diferenciada e reforçada para fazer a defesa jurídica da liberdade, dos direitos fundamentais. A questão de saber se a jurisdição constitucional é controle político, atividade legislativa ou paralegislativa, uma nova e especial função, ou, ainda, preferentemente função jurisdicional, está em aberto. Souza Júnior a considera, inclusive, uma espécie de ‘sexto’ poder (SOUZA JÚNIOR, 2002, pp. 85-87). De qualquer forma, a partir do desenho constitucional, se pode afirmar que o a Jurisdição Constitucional está intercalada no equilíbrio dos poderes estatais, ordenando o exercício das funções e contribuindo para a conservação da pluralidade democrática. É, por conseguinte, a condição fundamental de eficácia da Constituição (TABORDA, 2014, p. 70).

Diante deste cenário, e em face da existência de uma ampla gama de direitos contemplados na Constituição da República (MENDES, 2013, p. 290), o Supremo Tribunal Federal tem emergido como a instância mais poderosa dentro desta verdadeira “queda de braço” entre os poderes, na medida em que tem se tornado a instância decisória máxima dentro do país, uma vez que praticamente todo fato de relevância significativa acaba por desaguar na instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, cedo ou tarde.

Acerca dos perigos da substituição do legislador pelo Judiciário e sobre o fenômeno da judicialização da política, Lenio Luiz Streck

aduz que tal substituição fragiliza a autonomia do Direito (o ativismo judicial) e que a judicialização é inexorável e contingencial, “ por que decorre de condições sociopolíticas”, e “consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes” (STRECK, 2014, p. 219). O ativismo, a seu turno, “gestado no interior da própria sistemática jurídica,” consiste “num ato de vontade daquele que julga”, caracterizando uma “‘corrupção’ na relação entre os Poderes” (STRECK, 2017, p. 87). Com efeito, o STF tem sido colocado sob os holofotes de maneira mais intensa, seja pela transmissão de seus julgamentos ao vivo na *TV Justiça*, seja pela compreensão do povo brasileiro acerca do papel que o STF vem desempenhando neste momento institucional, sem olvidar o processo de constitucionalização do Direito que cada vez mais se incrementa, desde a promulgação da Constituição, em 1988.

Antes da consolidação deste novo paradigma vigorava um modelo identificado por Luigi Ferrajoli como “Estado Legislativo de Direito”, em que a Constituição era mera proclamação política que visava inspirar o Poder Legislativo, não sendo as normas estabelecidas na Constituição autoaplicáveis, ficando a cargo de desenvolvimento regulamentador e concretizador pelas funções legislativa e executiva do Estado (FERRAJOLI apud CARBONELL, 2009, pp. 15-17). Por sua vez, o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, conforme entendido hoje, inexistia na grande maioria dos países, e onde existia, era tímido e pouco relevante (BARROSO, 2013, p. 3).

Na nova concepção, (ora em voga), a Constituição é o instrumento para a efetivação da democracia, de modo a vigorar a centralidade da Constituição e a supremacia judicial (BARROSO, 2013, p. 3). Além desta função precípua de Guardiã da Constituição conferida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição, também lhe está conferido, no art. 102, competência originária para processar e julgar nas infrações penais comuns autoridades as quais é atribuído foro especial por prerrogativa de função e competência recursal para o julgamento de recursos ordinários e extraordinários, nos casos previstos. Titular de uma extensa gama de competências (Corte Constitucional e jurisdição ordinária), o STF hoje se vê inchado com grande acervo de processos tratando sobre diversas questões. A convivência entre dois sistemas clássicos de controle de constitucionalidade, de matrizes diversas, tem se mostrado problemática no Brasil, forçando a busca de soluções para harmonizá-los, tanto por parte dos legisladores, quanto da comunidade jurídica, quanto do próprio STF, sendo as soluções encontradas para este problema, tem se

mostrado coerentes e sistemáticas (TABORDA, 2014, p. 70).

O resultando é uma convergência sistemática que faz com o Supremo Tribunal Federal tenha a última palavra em questões de ampla relevância, como por exemplo a inconstitucionalidade da criminalização do consumo de drogas para uso próprio – processo que se encontra com pedido de vista há quase três anos e com julgamento parado – até o julgamento de crimes de furto de galinhas, aonde o Tribunal tem que reafirmar a aplicação do princípio da insignificância por não ter sido aplicado nas instâncias inferiores. Só no ano de 2013, o STF recebeu 44 mil processos e julgou 85 mil. A título de comparação, podemos citar que a Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, recebe cerca oito mil processos por ano, julgando cerca de 80 processos ao ano.

Este dado problemático e sintomático no âmbito da administração e organização judiciária de nosso País é um problema jurídico antecedente e endêmico, sendo o excesso de processos com que se tem que trabalhar a principal reclamação dos magistrados brasileiros em todos os graus de jurisdição. O destaque feito pela mídia da atuação do STF remontam ao ano de 2012, com o julgamento da *Ação Penal 470 - Processo do Mensalão*. Desde então, o STF vem sendo alçado a um posto de protagonismo dentro da sociedade brasileira, à medida que seu trabalho tem sido acompanhado de maneira mais próxima, sobretudo, observada a possibilidade de se acompanhar as sessões de julgamento ao vivo, bem como da intensa cobertura midiática realizada pelos grandes veículos brasileiros de comunicação, não estando mais limitada a um pequeno nicho de mídia especializada.

A relevância do papel desempenhado pelo Suprema Corte também tem sido compreendida pelas demais instâncias políticas do País. Este fato pode ser observado no ano de 2015, na ocasião em que a indicação do nome do jurista, e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, esteve sob a ameaça de rejeição pelo Senado Federal, pela primeira vez desde o ano de 1894 (MELLO FILHO, 2014, p. 24). Tal ameaça de rejeição se deu em razão do momento político vivido pelo País e da consequente pressão de parcela da sociedade, exercida sobre os Senadores, em observância a este destaque recebido pelo STF. Este momento denota uma conscientização acerca da função que Tribunal exerce no país, bem como o impacto que as decisões dos ministros têm. É neste contexto e dentro de sua competência originária para processar e julgar por crimes comuns autoridades com foro por prerrogativa de função, que, em 2012, o STF julgou seu caso de maior destaque e importância

até o final de 2015, quando começou a julgar os processos no âmbito da *Operação Lava-Jato*. Há se ser explicitado, portanto, a importância desse primeiro julgamento ‘midiático’.

O julgamento da ação penal nº 470, de competência originária, pode ser definido como um marco dentro do STF, seja ela para o bem ou para o mal; a bem da verdade, a questão não enseja resposta imediata definitiva e deixa mais indagações a respeito do futuro da Corte e de seu papel na República, do que soluções imediatas e definitivas; mas, se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, que tal julgamento levou a uma nova fase de percepção do papel institucional da Suprema Corte junto à população brasileira.

O STF já vinha em uma onda crescente de exposição midiática frente à sociedade brasileira, muito em função de sua atuação em matérias de grande relevância que não são enfrentadas no âmbito da política, diante das dificuldades inerentes ao ambiente democrático, sobretudo frente a crise política há muito presente e que à época já se intensificava às proporções que se verificam atualmente. Nos últimos anos, em função das crises enfrentadas pelo Brasil – destacando-se a crise política, a crise econômica, a crise financeira e a crise social – a Constituição da República vem sofrendo uma ampla gama de ataques por certos setores da sociedade, especialmente aqueles identificados por Lenio Luiz Streck como predadores externos do Direito, no caso, a moral, a política e a economia (STRECK, 2011, p. 370). De certo, o que se verifica no panorama anteriormente delineado é que, diante do absoluto descrédito dos demais poderes constituídos - Executivo e Legislativo – e democraticamente eleitos, apresenta-se, *prima facie*, um descrédito em relação à própria democracia representativa na percepção da sociedade brasileira: o Judiciário foi eleito como órgão de confiança do povo para o enfrentamento deste contexto de crise generalizada.

Por tais razões, o julgamento da *Ação Penal 470* pelo STF é um julgamento histórico, de importância política comparável aos processos de Moscou e de Nuremberg, todavia, diferente, por que os réus não foram submetidos à tribunal de exceção, uma vez que estiveram diante de seu ‘juízo natural’ (CARDOSO, 2012). Ademais, uma vez concluído o julgamento do referido processo, diversas obras foram editadas, buscando melhor compreender e explicar o que se passou no processo e suas implicações para o futuro do Brasil.

Oportuno destacar que neste ensaio não se adentra no mérito do julgamento, limitando-se à exposição simbologia estabelecida em face do

juízo realizado e televisionado de políticos importantes, ligados diretamente ao governo do País à época e implicados em grande e elaborado esquema de corrupção, observando-se aspectos que demonstram uma “quebra” da natureza do julgamento penal, diante de sua espetacularização. Pierre Bourdieu vê neste poder simbólico estabelecido a possibilidade de construção de uma realidade, com as criações simbólicas de realidades que fomentam a subjugação por parte das classes que já detêm poder político e social, possibilitando a legitimação da dominação daqueles que já se encontram dominados. O poder simbólico, assim, possibilita obter de maneira equivalente o mesmo que a força física ou força econômica poderiam conseguir, sem que fomentem os conflitos ou insatisfação com a dominação exercida por meio simbólico. “O poder simbólico é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder”, assevera, de modo que os modelos energéticos descrevem relações sociais como relações de força, e os cibernéticos, como relações de comunicação. (BOURDIEU, 1998, pp. 11-15)

Pois bem: o processo em questão se iniciou no STF em 2005 com a autuação do inquérito no Supremo Tribunal Federal, após quase 7 anos, dada às particularidades da morosidade conhecida nos julgamentos em sede de competência originária dentro da Corte, o feito estava instruído e concluso para o julgamento de mérito, tendo este se iniciado em agosto de 2012 sob intensa cobertura midiática e pressão da sociedade que aguardava ansiosamente pelo desfecho do processo. Foi cercado de dúvidas a respeito dos julgadores – acusados de favorecimento por terem sido indicados, em sua maioria, pelo *Partido dos Trabalhadores* que, à época, ocupava a chefia do Poder Executivo há 10 anos e tinha figuras expoentes do partido dentre os principais acusados. A primeira sessão de julgamento se iniciou pela apreciação de diversas questões de ordem levantadas pela defesa, que se referia a existência de conexão entre os crimes ali apreciados e a competência do STF para o julgamento da própria ação penal, observado que a maior parte dos réus do processo, naquele momento, observado o transcurso de mais de 7 anos do começo do processo, não possuía mais foro por prerrogativa de função, fato este que, sustentava a defesa, levaria a cisão do processo e a remessa dos autos ao primeiro grau para julgamento.

Tal momento inicial foi o primeiro ponto crítico do julgamento no Tribunal, no qual criou-se a primeira posição antagonista dentro do julgamento em relação ao Relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa e o Revisor Ricardo Lewandowski, no momento em que se efetuou a votação.

O argumento sustentado pela defesa é que apenas os deputados federais que exerciam mandato deveriam ser julgados pelo STF, uma vez que estender a competência da Corte para os demais acusados levaria ao desrespeito aos princípios do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, constitucionalmente previsto, uma vez que estaria sendo negado a estes acusados serem processados em primeira instância e acesso ao duplo grau de jurisdição. Neste momento, o Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado do decano da Corte, Ministro Celso de Mello, votaram favoravelmente à tese, discordando do Relator, que votou pela competência do julgamento do STF em atenção ao estabelecido na Súmula 704³ da Corte levando ao julgamento conjunto de todos os réus, por continência, na forma do art. 77, I do CPP. Na resolução da questão preliminar, já houve muita divergência entre os ministros e o acirramento dos ânimos (AP 470, 2012, p. 56).⁴ Tal confronto inicial, dada a forma enérgica pela qual o relator e o revisor do processo debateram acerca da questão, televisionada ao vivo pela mídia, foi a deixa para que a imprensa criasse dois personagens dentro do julgamento colocando em uma posição de antagonismo os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Além disso, polêmica foi a “técnica do fatiamento do julgamento” criada pelo Ministro Joaquim Barbosa, em detrimento da expressa previsão regimental que determina a ordem dos trabalhos nos julgamentos na Corte. Segundo o Regimento Interno do STF, primeiro deve ser lido relatório, feitas as sustentações orais, proferido o voto do relator, voto do revisor e, por fim, votos vogais; tal questão levou a outro confronto, uma vez que Ministro Lewandowski exigia que fosse obedecido o Regimento Interno enquanto Barbosa havia elaborado seu voto para que o julgamento fosse realizado de maneira “fatiada”, sob o argumento de que seria mais fácil sua compreensão, se realizando o julgamento da mesma forma como foi apresentado na denúncia pelo Ministério Público Federal.⁵ Tais posições antagônicas estabelecidas entre

3 O texto da súmula em questão refere que: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”

4 “O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Parece-me deslealdade, como Revisor. É deslealdade. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu acho que é um termo um pouco forte que Vossa Excelência está usando. E já está prenunciando que este julgamento será muito tumultuado.”

5 “O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu queria dizer que, como Revisor, eu me oponho a essa metodologia, porque, se nós adotarmos essa metodologia de votar por núcleo, estaremos adotando a ótica do Ministé-

os ministros responsáveis pela condução do julgamento em plenário, proporcionaram terreno fértil para a intensa pressão midiática exercida durante o julgamento pelos meios de comunicação.

O julgamento que teve suas sessões transmitidas ao vivo, à tarde, pelo próprio veículo de comunicação oficial do Supremo Tribunal Federal, a *TV Justiça*, e foi apresentado em sede de melhores momentos, tal qual um jogo de futebol, pelos jornais noturnos das grandes emissoras, focando-se em reforçar a ideia de antagonismo das posições dos ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, criando-se uma conjuntura de *Herói brasileiro e Vilão*.

A mídia brasileira passou então a reforçar estes papéis antagônicos, concentrando-se no Ministro Joaquim Barbosa que, por seus traços de personalidade marcantes e história pessoal de superação, passou a ser caracterizado nas redes sociais como o *Batman Brasileiro*⁶, com fotos que mostraram o ministro de costas, usando sua toga de maneira semelhante à capa do personagem em questão. Desnecessário argumentar que transformação de magistrados em heróis e vilões é um sintoma de um feitiço nocivo à democracia, porque leva a compreensão de que estes agentes públicos possuem um lado dentro do processo, algo que não se coaduna com a imparcialidade que é exigida do Poder Judiciário pela Constituição da República. Além disso, a partir dos confrontos e da cobertura midiática ansiosa para saber se finalmente figuras políticas importantes no País seriam condenadas em um processo criminal julgado perante o STF, ou se tudo mais uma vez “acabaria em pizza”, as questões jurídicas relevantes e decididas dentro processo ficaram em segundo plano, pois o foco se deu no espetáculo, com o embate entre seus atores e personagens criados sendo desdobrado há cada dia, como se novela fosse.

Com a intensa cobertura e exposição midiática, os outros ministros também se preocuparam em aparecer para as câmeras, de sorte que elaboravam frases de efeito para que fossem captadas; dentre outros elementos que poderiam ser destacados, se pode salientar a preocupação dos ministros em demonstrar profunda erudição em suas falas e conhecimento

rio Público e admitindo, desde logo, que existem “núcleos”, e isso é uma coisa que será ainda decidida pelo egrégio Plenário. Em segundo lugar, segundo lugar, eu não terminei ainda, Senhor Presidente, não terminei ainda[...].”

6 Referência direta ao personagem das histórias em quadrinhos da *DC Comics* na qual um bilionário vingador mascarado vestido de morcego toma para si a missão de punir os bandidos da cidade de *Gotham* que escapam das autoridades da cidade.

amplo sobre os mais diversos campos de conhecimento. Todavia, ao se analisarem os números do processo, se verifica que, não obstante tenham sido apresentados como rivais pela mídia, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Ricardo Lewandowski estiveram muito mais próximos no julgamento em questão do que mídia procurou demonstrar. Os números demonstram que quem liderou, de fato, o julgamento, foi o Ministro Lewandowski, tendo sido acompanhado pelo colegiado 90 vezes, enquanto Barbosa foi acompanhado em 82 vezes (VASCONCELOS, 2014).

Da mesma forma, embora tenha sido caracterizado pelos veículos de comunicação como leniente, o Ministro Ricardo Lewandowski condenou os réus do processo em 37% das acusações, enquanto o Ministro Joaquim Barbosa propunha a condenação em 84% das acusações, tendo o colegiado, ao final do processo, condenado os réus em 57% das acusações oferecidas pelo Ministério Público Federal, resultando em um termo médio entre os votos dos ministros relator e revisor.

Um dos advogados dos acusados (Antônio Carlos de Almeida Castro) asseverou que o STF poderia ter adotado posicionamentos mais tranquilos, caso o julgamento não houvesse sido transmitido em tempo real pela, asseverando que em o julgamento de ações penais não deveriam ser transmitidas pela televisão⁷. Tal entendimento foi compartilhado por outros advogados criminalistas, que consideraram este julgamento incompreensível para sociedade brasileira, a não ser pelos resultados proclamados ao final do processo, fazendo dos ministros heróis e vilões aos olhos da população, fato muito perigoso (PIOTO, 2012). De igual sorte, em sua obra *“AP 470 — Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa”*, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina busca tratar da influência da mídia no julgamento em questão a partir de questionamentos realizado junto aos advogados que atuaram na defesa dos réus do processo em liça, onde em sua maior parte afirmaram que a mídia desempenhou papel fundamental na condenação de mais da metade dos réus no processo criminal (LACERDA PEDRINA, 2013, p. 25).

Por sua vez, Pedro Serrano afirma que apesar dos 14 anos em que Partido dos Trabalhadores esteve ocupando a Presidência da República e as diversas nomeações realizadas para o Supremo Tribunal Federal, a Corte continua com o mesmo perfil conservador que sempre teve. Refere,

7 “Nenhum país do mundo faz o televisionamento de um processo criminal até porque, no meu ponto de vista isto é uma pena assessória durante o julgamento. Com esta exposição que houve, o julgamento foi tratado como sendo um espetáculo, uma novela”.

ainda que, o caso julgado na *Ação Penal 470* ainda está vivo e gerando resultados, sendo que suas implicações reais só serão conhecidas ao logo do tempo, observando que a boa análise histórica e política se faz por necropsia (SERRANO, 2015, pp. 400 et seq.) Refere ainda, que o televisoramento ao vivo de um julgamento penal eleva-o ao patamar de linchamento público contemporâneo, constringendo os juízes e os jurados para que sigam os impulsos condenatórios da massa, sofrendo golpes inaceitáveis às garantias dos próprios julgadores, uma vez que a exposição midiática intensa os coloca sob pressão da opinião pública (SERRANO, 2015, pp. 400 et seq.). Inventariados os fatos, é preciso refletir sobre qual o papel desempenhado pela mídia brasileira nos julgamentos efetuados em todas as instâncias do Poder Judiciário, atualmente.

2 - MÍDIA E JUSTIÇA NO BRASIL

De fato, não é possível realizar uma quantificação numérica da influência midiática em julgamentos judiciais, observada a inexistência de dados concretos a este respeito. A razão para tal circunstância é bastante simples, nenhum julgador seria réu confesso de ter sido influenciado pela mídia em um julgamento, pois isso seria, também, confessar a sua parcialidade em julgamento; observado que a ideia de existência de uma mídia neutra não passa de um mito, conforme já há muito tempo observado pelos estudos da Comunicação Social.

Nesta senda, quando se fala em cobertura da mídia de um determinado fato, há muito se vem observando as diversas formas que este mesmo fato pode vir a ser noticiado por diversos veículos de comunicação, de sobremaneira diante da complexidade das relações estabelecidas. De igual sorte, no contexto da mídia contemporânea no Brasil, é fundamental dizer que a influência que esta exerce sobre a opinião pública não é homogênea, em face dos diversos meios de comunicação disponíveis atualmente (televisão, *internet*, jornais e rádio), bem como sua natureza, sendo elas públicas ou privadas.

No particular, destaca-se a lição de Álvaro Oxley da Rocha a respeito da influência das mídias na formação de uma cidadania e novos direitos, bem como no amadurecimento das opiniões dos operadores do direito a respeito destes, segundo a qual a mídia, apesar de não possuir o poder de condução de massas, trata de fazer acreditar que sua ação é importante, “na medida em que, ao refletir as demandas por informação,

colabora para o amadurecimento das questões mais relevantes para o cidadão” (ROCHA, 2010, pp 28;42). O referido autor assevera ser a função da mídia complexa, pois, não estando bem delineada socialmente, “oferece, portanto, o risco de produzir efeitos indesejáveis, como a instabilidade política, e a troca de prioridades sociais reais pelas ilusões que interessam aos patrocinadores (ROCHA, 2010, p. 42).

Partindo desta premissa, com o adendo das considerações feitas anteriormente sobre o STF, é conveniente a escolha de tal tribunal como ponto privilegiado de observação para o fenômeno da influência da mídia em seus julgamentos, dadas suas particularidades. Existem, contudo, diferenças entre a esfera de atuação da mídia e do Poder Judiciário, pois, o segundo é órgão do Estado que exerce função típica, segundo visão culturalmente aceita e socialmente sedimentada e a mídia, conglomerado de “empresas privadas, que naturalmente oferecem produtos para obtenção de lucro financeiro” (ROCHA, 2010, p. 42)

Todavia, ao longo dos últimos quinze anos, o Supremo Tribunal Federal passou de uma casa afastada da opinião pública, e tida pela população como local ambientado por velhos sem face, que falavam de maneira complexa sobre temas que a sociedade não conseguia compreender, para um dos principais centros de cobertura de mídia, tendo seus ministros sido elevados a condição de *superestrelas*, conhecidos pela população, presenças frequentes em capas de revistas e em programas de entrevistas. Dúvidas não existem que o caso mais emblemático da história do STF, quando se fala acerca de sua “abertura para a sociedade”, foi o processo do *Mensalão*. Essa abertura aos olhos da opinião pública tem como fato relevante o surgimento da *TV Justiça*, que iniciou suas atividades no dia 11 de agosto de 2002. Criada pela Lei 10.461, de 17 de maio de 2002, o canal de TV tem por missão, conforme a previsão legal, a “divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”. Todavia, apesar de ser reservado ao STF, o canal, desde o começo de sua transmissão, presta serviço que ultrapassa a mera divulgação de atos oficiais, sendo, atualmente, o principal veículo de atuação e afirmação do poder institucional do Poder Judiciário, perante a sociedade brasileira. Esta circunstância de afirmação se dá pela prática adotada desde o início das atividades, de transmissão ao vivo dos julgamentos do Pleno do STF. Atualmente, a transmissão de julgamentos foi estendida para as sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Todavia, as sessões televisionadas ao vivo não passaram imu-

nes a críticas, desde o princípio; há inclusive projeto de lei⁸ em tramitação no Congresso Nacional que pretende barrar as transmissões ao vivo dos Tribunais Superiores. Há quem sustente, como Melo Fonte, que esta transmissão ao vivo importou em aumento da extensão dos votos, não mais destinados exclusivamente ao convencimento dos pares, mas também à informação do público, acarretando em uma consequente queda de produtividade do Tribunal no julgamento de processos (MELO FONTE, 2012). Acerca dessa questão, nos Estados Unidos da América, há muito já se discute acerca da possibilidade de haver câmeras nos julgamentos da Suprema Corte Norte-americana, todavia esta ideia é amplamente rechaçada pelos membros mais antigos da Corte (HORBACH, 2014).

Não obstante sejam apontados como principais benefícios da transmissão, com a democratização dos julgamentos e possibilidade de um maior alcance destes junto à sociedade, algo na mesa linha com aquilo que foi pensado aqui no Brasil para a criação da TV Justiça, se destacando que a experiência do STF tem sido analisada pelos americanos, e o STF é tido como a Suprema Corte mais aberta as câmeras (HORBACH, 2014). Contudo, os estudiosos norte-americanos apontam como efeito negativos, o fato de que a presença de câmeras faria com que os envolvidos poderiam passar a atuar para as câmeras, com uma apreensão acerca de mais exposição dos julgadores frente à opinião pública e a dificuldade, sobretudo em sede de julgamentos criminais, nos quais seria difícil o equilíbrio entre a liberdade de cobertura da imprensa e a garantia dos direitos dos acusados nos processos.

De fato, o que se observa da experiência brasileira com a transmissão ao vivo de julgamentos se parece mais próxima das preocupações dos estudiosos americanos do que uma ferramenta positiva que tenha democratizado o acesso dos acontecimentos dentro do STF, bem como a exposição de outros veículos de comunicação oficiais dos outros poderes da República. No particular, aduz Horbach, a mídia pública tem sido utilizada com fins eleitoreiros, erigindo, muitas vezes, as sessões de julgamento em “verdadeiros tribunais de exceção, produtoras do resgate democraticamente inconcebível da brutal “justiça” pública e imediata, como a realizada no passado nas praças das cidades medievais.” E arremata, dizendo que o espetáculo produzido acaba se constituindo no “sonho das

8 Projeto de Lei tombado sob o nº 7.004, de 2013, de autoria do Deputado Vicente Candido do PT de São Paulo.

empresas de comunicação de massa, por seus elementos com sabor de novela de televisão”, em razão das acusações sem provas, prisões, desespero etc. (HORBACH, 2014).

O que se tem verificado na realidade brasileira é algo próximo ao fenômeno de espetacularização concebido por Guy Debord, ao referir-se ao fato de as relações sociais do mundo contemporâneo serem transformadas em “coisas” passíveis de serem consumidas pela sociedade e, portanto, em produtos a serem consumidos, transformando tudo em serviço do poderio econômico e gerando lucro dentro da sociedade capitalista.

Com isso, tendo por base estas significações derivadas da formação de espetáculos e dos processos de reificação das relações humanas na sociedade do espetáculo, com a transformação de tudo em produto passível de ser consumido pela massa, a própria Justiça passa a ser apenas mais um produto a ser consumido de acordo com os interesses do capital. Isso se dá por que não se pode contrapor abstratamente o espetáculo à realidade vivida, uma vez que, muitas vezes, o espetáculo inverte o real: o “alvo é passar para o lado oposto: a realidade surge no espetáculo, e o espetáculo no real. Esta alienação recíproca é a essência e o sustento da sociedade existente”. (DEBORD, 1997, p. 10)

Essa transformação de julgamentos em espetáculos, sobretudo diante da veiculação de julgamento ao vivo de maneira oficial, atende aos interesses midiáticos e as necessidades de consumo. No entanto, compromete o rigor técnico e a tradição histórica do Judiciário, pois a transmissão de julgamentos públicos, aduz Rocha:

“é uma programação que sem dúvida atende muito ao gosto do público espectador, e os lucros da mídia privada, pelo aumento do preço das inserções de anúncios mas antes de mais nada, é a materialização de um efeito usurpador, exercido pela mídia, do papel democrática e constitucional atribuído ao Judiciário, na tradição ocidental européia, em todos os sentidos, em especial o direito à ampla defesa e ao julgamento justo por profissional capacitado (um juiz) (ROCHA, 2010, p. 47).

Sem dúvida, tal cenário delineado demonstra os perigos advindos da espetacularização da transmissão de julgamentos televisionados ao vivo e a transformação de magistrados em personagens pela mídia, circunstância essa agravada de sobremaneira quando estamos tratando de magistrados que integram ao mais alta Corte do País que possui como missão fundamental guardar a Constituição da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se, de maneira sintética, traçar um panorama geral da influência da mídia na atuação do Poder Judiciário, em especial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se como procedimento, a aproximação da linguagem jurídica com alguns aspectos da linguagem da Comunicação Social e da Sociologia, para o fim de analisar-se caso paradigmático na existência de nossa Suprema Corte.

Assim, restou analisada a função constitucional atribuída ao STF de guardar a Constituição da República, traçando-se um panorama atual dos desafios enfrentado pelo STF em sua função precípua. A seguir, foi inventariada a atuação da no caso do *Mensalão, a Ação Penal 470*, bem como a maneira como os ministros da Corte se comportaram no processo e o modo como este comportamento foi retratado pela mídia, com a criação de personagens e narrativa novelesca.

No momento seguinte, realizou-se a apreciação da influência que as mídias e os meios de comunicação, públicos e privados, exercem sobre o Poder Judiciário, em especial, na esfera do Supremo Tribunal Federal. Portanto, no âmbito da mídia pública, foi relatado como se deu a aproximação do STF da população brasileira por meio da criação da *TV Justiça*, que tem como marco de sua existência o televisionamento ao vivo das sessões plenárias da Corte. Da mesma forma, analisou-se como os meios de comunicação, em especial os privados, se utilizam da publicidade dada pela Corte pelos seus meios oficiais para a efetuar um processo de reificação da própria justiça, com a conversão de julgamentos importantes em espetáculos passíveis de consumo.

Postas estas considerações, se verifica que embora, a princípio, possa ser considerado saudável a existência de uma abertura e aproximação do Poder Judiciário da sociedade por meio da *TV Justiça*, criada em nome da publicidade e transparência das coisas públicas, o que se observou ao longo dos últimos 15 anos é uma espetacularização da Justiça, com transformação desta em produto a ser consumido pela sociedade, fenômeno acentuado a partir do julgamento pelo STF do caso *Mensalão*.

Ao longo da pesquisa, foi possível concluir que tal espetacularização da Justiça se revela fato agressivo ao ambiente democrático e à própria cidadania. De sorte que, ainda que seja admitida esta exposição midiática e atualmente sedimentada, talvez deva ser revisada a forma com que a transmissão dos casos pela *TV Justiça* se dá, de modo a assegurarem-se, efetivamente, os direitos fundamentais, sejam eles dos acusados

em processos criminais ou dos demais setores da sociedade envolvidos em uma contenda que esteja sendo transmitida.

Ademais, no âmbito das mídias privadas, a relação da exposição do Judiciário e a opinião pública se mostra ainda mais complexa, na medida que os veículos de comunicação de natureza privada conduzem as notícias de acordo com seus interesses particulares e de seus patrocinadores. A única forma de controle parece uma democratização do acesso às informações e uma conscientização da opinião pública acerca do papel que estes veículos de comunicação desempenham na formação de opinião.

Assim, ainda que Guy Debord trate como inevitável e inexorável a espetacularização das relações sociais dentro da sociedade capitalista, cumpre a nós, enquanto sociedade brasileira e operadores do direito, trabalhar para que existam ferramentas de controle das mídias, visando à efetivação dos direitos fundamentais em todas as esferas; para que a influência da mídia não incorra em uma espetacularização ainda maior dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, com a distanciamento das questões jurídicas relevantes e da função precípua de guardião da Constituição. O que parece estar em questão é a concretização plena do art. 221 da Constituição, que regula todas as atividades de Comunicação Social no País. Isso, contudo, é tema para seguir investigando.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO., Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>, acessado em 18 jul. 2017.

BARZOTTO, Luís Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1998.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. AP 470. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011.

CARDOSO, Helvécio. **O Julgamento Espetáculo**. In: <https://www.brasil247.com/>

pt/247/poder/80043/O-julgamento-espetaculo.htm, acesso em 15 ago. 2018.

CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Entrevista** concedia iG em 27/02/2014. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-02-27/para-advogado-fim-do-mensalao-no-stf-expoe-espetacularizacao-do-judiciario.html> , acesso em 09 jan. 2018.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto**, 1997.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotto. 2009.

GUARESCHI, Pedrinho A. **O Direito Humano à comunicação. Pela democratização da mídia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. **TV Justiça é instrumento para aprimorar Judiciário**. <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>. Acesso em 09/01/2018.

LACERDA PEDRINA, G. M. **AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2013. v. 1.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)** 4. ed. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MELO FONTE, Felipe de. **O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV justiça: Rumo à sociedade aberta de telespectadores?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf> Acesso em 09 jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOTO, Luciana. **Para advogados, julgamento do mensalão foi de “marco” a “incompreensível”, passando por “espetáculo” e “complexo”** Disponível em:

<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/11/29/advogados-analisam-o-importancia-do-julgamento-do-mensalao-para-o-judiciario-e-para-a-sociedade.htm> , acesso em 09 jan. 2018.

ROCHA, Álvaro Oxley. Judiciário e mídia: O problema da realização da cidadania brasileira. **Direitos Culturais**. v. 3, p. 28-42, 2010.

SERRANO, Pedro Estevem Lopes. **A Justiça na Sociedade do Espetáculo: Reflexões públicas sobre direito, política e cidadania**. São Paulo: Almedina. 2015.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – 6. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2017.

TABORDA, M. G. Entre morcegos e beija-flores: reflexões críticas sobre a Jurisdição Constitucional no Brasil. **Direito & Justiça** (Porto Alegre. Impresso), v. 40, 2014.

TABORDA, M. G. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 8, n. 3, p. 423-445, set./dez. 2017. In: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/18897>, acessado em 15 ago. 2018.

VASCONCELOS, Marcos de. **Lewandowski foi quem liderou o julgamento do mensalão**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/lewandowski-foi-quem-liderou-julgamento-mensalao-mostra-levantamento>. Acesso em 09 jan. 2018.



LA REVOCATORIA DE AUTORIDADES EN EL PERÚ Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

LUIS ANGEL ZAVALA ESPINO¹

INTRODUCCIÓN

La presente investigación desarrolla a la revocatoria de autoridades desde su regulación en el Perú como mecanismo de control ciudadano y analiza su implicancia política y constitucional en el derecho fundamental a la participación política, identificando, como problema, un supuesto de colisión entre la acción política de revocar y el derecho fundamental de participación política de la autoridad cuestionada, desde la actividad probatoria que no exige dicho mecanismo, así como con los porcentajes para su aplicación.

Para estos fines, emplea un método exegético – dogmático de investigación, con el análisis de la Ley 26300 y sus modificatorias, así como de doctrina existente en la materia.

Finalmente, busca como objetivo plantear una modificación a la regulación de la revocatoria en el Perú, evaluando la pertinencia de actividad probatoria en el planteamiento de dicho mecanismo y así mismo incrementando sus porcentajes de aplicación, otorgándole un sentido garantista y legítimo.

A - EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Para el profesor Daniel Zovatto, *“Los Derechos políticos han sido conceptualizados como el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano participar en la vida política. La nota distintiva de estos derechos es la*

1 Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (Perú), Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha (España), Especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la constitución por la Universidad de Castilla La Mancha (España), Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional del Derecho por la Universidad de Pisa (Italia). Ha Realizado estudios de posgrado en casos prácticos de jurisprudencia en la Universidad de Cádiz (España), Especialista en Derecho Parlamentario. Se desempeña como Coordinador Académico de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego. Expositor en eventos nacionales e internacionales.

*de constituir una relación entre el ciudadano y el Estado, un diálogo entre gobernantes y gobernados. Representan en suma, los instrumentos que posee el ciudadano para participar de la vida pública, o, si se quiere, el poder político con que cuenta éste para participar, configurar y decidir en la vida política del Estado*².

Ahora, si bien el profesor Zovatto configura una posición clara sobre los derechos políticos y en consecuencia del derecho a la participación política debemos también precisar porqué este último debe ser considerado un derecho fundamental.

Inicialmente sabemos que para el derecho internacional los derechos civiles y políticos pertenecen a los derechos humanos de primera generación, derechos que fueron propuestos por primera vez en la Carta de Derechos de los Estados Unidos así como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia del siglo XVII (Con la Revolución Francesa), consagrándose a nivel mundial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Para Ferrajoli definir porqué un derecho es fundamental ofrece tres respuestas: En el plano teórico – jurídico, al ser un derecho adscrito a todos los ciudadanos; en el Derecho Positivo al estar dentro del ordenamiento internacional; y finalmente en el plano de la filosofía política al ser un derecho que garantiza condiciones necesarias para la paz, al tener carácter igualitario para cada ciudadano y al proteger el derecho del más débil.

Ahora bien, según el profesor García Guerreiro *se considera que el derecho fundamental a la participación política es más amplio que el derecho al sufragio y que, incluso, incluye a éste*. Y continúa explicando, *que lo es en primer lugar, porque esta concepción facilita las conexiones constitucionales de la participación política con los demás derechos fundamentales, incluye a la iniciativa legislativa popular y permite utilizar al partido político como instrumento para que los ciudadanos puedan incrementar su participación política. En segundo lugar, porque la conceptualización del sufragio como derecho (fundamental) implica renunciar a la concepción del primero como deber o función estatal o, cuando menos, disminuirla sustancialmente*³.

2 ZOVATTO, Daniel. (1998). Derechos Políticos como Derechos Humanos. En D. Nohlen, S. Picado, & D. Zovatto, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pág. 32). México: Fondo de Cultura Económica América Latina.

3 García Guerrero, J. Reflexões sobre cidadania e direitos humanos na nova ordem mundial. (2016 – p. 9). Los derechos de ciudadanía en el nuevo orden mundial. Editora Kariwa, Sao Leopoldo.

B - DIMENSIONES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Enrique Bernales desarrolla las dimensiones específicas de la participación política reguladas por el Derecho Internacional de Derechos Humanos:

1- DERECHO A PARTICIPAR EN LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS

Este derecho puede ser ejercido directamente:

- Cuando se ejercen facultades como miembros de órganos legislativos o se ocupan cargos ejecutivos.
- Cuando se deciden cuestiones de interés público mediante consultas populares.
- Cuando se asisten a asambleas populares para tomar decisiones sobre cuestiones determinadas a la comunidad.

Así mismo puede ser ejercido indirectamente mediante la afiliación a un partido político.

2 - DERECHO AL VOTO (SUGRAFIO)

Bernales cita a la Corte Interamericana referir esta que “*el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condición de igualdad a quienes los representarán*”⁴ Sin embargo es menester precisar que para ejercer dicho derecho es necesario cumplir ciertos requisitos que cada Estado establece.

El derecho al voto refiere a dos momentos importantes en su ejercicio, lo que para Bernales se explica en dos dimensiones, una activa y otra pasiva. El derecho a emitir un voto para elegir a representantes o la participación en consultas mediante sufragio se da en un primer momento configurándose la dimensión activa, por otro lado, el presentarse como candidato y el hecho de ser elegido mediante proceso electoral configura una segunda dimensión, la dimensión pasiva.

La misma línea de esta interesante posición sobre los dos momentos de ejercicio de este derecho, podemos aplicarla, como consecuencia lógica, al ejercicio mismo del derecho a la participación política.

4 Véase a Bernales Ballesteros, E. (2007, p. 9-32)

3 - DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA:

Corresponde al derecho que tiene cada ciudadano de acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

El mismo Tribunal Constitucional del Perú ha mencionado: *“Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte”*⁵ y en la misma línea continua el TC⁶: *“En una primera aproximación, el contenido de este derecho puede desmembrarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso. Por un lado, se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse a la función pública por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (acceso a la función pública). Por otro, en cambio, se establece una exigencia particular del acceso: la igualdad de condiciones”*

4 - DERECHO A CONSTITUIR ORGANIZACIONES POLÍTICAS

En algunos países se considera dentro de la libertad de asociación. En el Perú, nuestra carta magna en su artículo 35 prescribe: *“Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley”*. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado: *“Los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Representan el tránsito de una concepción individualista a una idea comunitaria y social de la representación. Por ello, son pilar fundamental como expresión del pluralismo político y democrático organizado. El estado Constitucional surge y se explica como resultado de una opción libre y plural de varias posibilidades. En otras palabras, el pluralismo representa el espacio de libertad para la toma de decisiones que legitima el orden valorativo plasmado en la Constitución. En razón de ello, el Tribunal Constitucional considera al valor del pluralismo como inherente y consubstancial al*

5 Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 0003-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de Setiembre de 2006).

6 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 25 de Abril de 2006).

*Estado social y democrático de derecho*⁷⁷

El derecho a constituir organizaciones políticas implica una libertad de ejercicio y así mismo una libertad de expresión. La primera desde el momento que podemos, cumpliendo ciertos requisitos, constituir una organización política y la segunda, traducida en la expresión ideológica que va adoptar dicha organización política, la misma que debe ser, como dice el TC, una opción libre y plural.

Para el reconocido politólogo Sartori, “*el mensaje de los partidos políticos se encuentra en 3 premisas:*

- *Los partidos no son facciones: Una facción es una expresión de conflictos personales, de un comportamiento que valora el yo y desprecia al público. Los partidos en cambio son instrumentos para lograr beneficios colectivos.*
- *Un partido es parte de un todo: Aunque un partido solo representa una parte, esta parte debe adoptar un enfoque no parcial del todo. Servir al todo: Interés general, interés público, bien común.*
- *Los partidos son conductas de expresión: Los partidos pertenecen, en primer lugar y por encima de todo, a los medios de representación, son un instrumento o una agencia, para representar al pueblo al expresar sus exigencias*⁷⁸.

C - EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL:

1- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

La constitución política del Perú en su Artículo 31 prescribe que “Los ciudadanos tiene derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocatoria de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen, también, el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”.

Se entiende del artículo en mención que la constitución contiene a los derechos políticos que suponen una participación directa y por otro

7 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 25 de Abril de 2006).

8 Sartori, G. (2012). *Partidos y Sistemas de Partidos*. Madrid: Alianza Editorial.

lado a los que suponen una participación a través de representantes.

D - LEY DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL CIUDADANOS (LEY 26300)

La ley de los derechos de participación y control ciudadanos entró en vigencia en Mayo de 1994, en el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori, modificada posteriormente en parte de su articulado por la Ley 29313 en el gobierno del presidente Alan García Pérez.

Esta ley tiene como finalidad, de acuerdo al Art. 01 de la misma, regular el ejercicio de los derechos de participación y control de ciudadanos de conformidad con la Constitución. En ese sentido la ley divide a los derechos de participación, de los derechos de control de la siguiente manera:

- Derechos de participación de los ciudadanos:

- a) Iniciativa de Reforma Constitucional
- b) Iniciativa en la formación de las leyes
- c) Referéndum
- d) Iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales.
- e) Otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.

- Derechos de control de los ciudadanos:

- a) Revocatoria de Autoridades
- b) Remoción de Autoridades
- c) Demanda de Rendición de Cuentas
- d) Otros mecanismos de Control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

Para el objetivo de la presente investigación importa el análisis de uno de los derechos de control ciudadano, que es la revocatoria de autoridades, la misma que se encuentra regulada en el capítulo III de esta Ley, y que en las líneas siguientes desarrollaremos.

LA REVOCATORIA Y SU REGULACIÓN EN EL CAPÍTULO III DE LA LEY 26300

El capítulo III de la Ley 26300 en su Artículo 20° regula a la revocatoria como el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a:

- Alcaldes y Regidores
- Presidentes regionales, vicepresidentes regionales y consejeros regionales.
- Jueces de paz que provengan de elección popular.

Los jueces de paz que provienen de elección popular fueron incorporados a los alcances de la revocatoria mediante la ley 29313, sin embargo, no se incluye a los magistrados quienes, según la constitución, son pasibles de revocatoria.

En líneas generales desarrolla y amplía lo estipulado por el artículo 31 de la Constitución Política referente a la revocatoria como derecho de participación política.

OPORTUNIDAD E INICIATIVA DE REVOCATORIA

Según el art. 21 de la ley 26300, la consulta de revocatoria procede solo una vez en el periodo de mandato excluyendo la posibilidad de ser planteada en el primer y último año de mandato, exceptuando a los jueces de paz. Es decir, para que un alcalde pueda ser sometido a consulta de revocatoria es necesario que esta sea planteada después del primer año y antes del último año de mandato.

Los límites temporales para el planteamiento de una revocaría están precisados no solo por la ley 26300 sino también por la ley 30315 que modifica diversos artículos de la ley 26300, tal es así que Calos Blancas señala, del análisis de estas leyes, tres límites temporales⁹:

- *Solo puede tener lugar una vez en el mandato.*
- *El inicio del trámite solo se puede efectuar a partir del mes de junio del segundo año de mandato de las autoridades regionales y municipales.*
- *La consulta popular o consulta electoral solo tiene lugar el segundo domingo de junio del tercer año de mandato para todas las autoridades (excluyendo con esto que se pueda realizar en el último año de mandato).*

9 Véase Blancas Bustamante, C. (2016, p. 188-199)

Por lógica resulta prematuro revocar a una autoridad cuando ni siquiera ha alcanzado la mitad de su mandato, no podría hacerse en tan poco tiempo un análisis correcto de la función desplegada por la misma y, por otro lado, el último año de gestión es “un año de salida y despedida”, por lo tanto, no tendría sentido revocar a una autoridad saliente.

Como quiera que la revocatoria es un derecho atribuido a los ciudadanos solo estos pueden plantear dicha iniciativa, en ese sentido es necesario presentar la solicitud de revocatoria con firmas del 25 % de electores de la circunscripción electoral. Anteriormente se establecía además del 25 % un tope máximo de 400,000 firmas de la circunscripción electoral, sin embargo, esta ha sido eliminada por la modificatoria realizada con Ley 30315. Es claro que el mantener el 25% de firmas como requisito de procedibilidad es otorgarle a la revocatoria su sentido excepcional más allá de ser un derecho atribuido a la ciudadanía, evitando así que sean formuladas por minorías derrotadas con intereses particulares y protegiendo, en cierta medida, el derecho a la participación de la autoridad cuestionada, que es no es menos importante que la de cualquier ciudadano, sin embargo, más adelante nos daremos cuenta que con ello no es suficiente.

SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA REVOCATORIA

El artículo 21 de la Ley 26300 prescribe que La solicitud de revocatoria “es fundamentada y no requiere ser probada”. Para Carlos Blanca “el fundamento a que se refiere el artículo 21 de la LDPCC debe ser político y no jurídico, es decir, el conjunto de motivos, referidos a la apreciación de la labor de la autoridad, que induce a un sector de ciudadanos a buscar su revocación”, continúa diciendo “la revocación es un mecanismo de control político y jurídico o judicial, esto es que está referido a la evaluación que realizan los ciudadanos sobre la gestión – mala o buena, acertada o desacertada- de la autoridad y no al hecho de que ésta haya incurrido en delitos o infringido normas”¹⁰.

Al respecto Fernando Tuesta señala que esta parte de la ley ha sido interpretada de la manera más amplia: “*Se hace hincapié en la segunda parte – no se requiere probar – y se desatiende a la primera – se necesita fundamentar-*”¹¹, Desde la perspectiva y el estudio de este autor durante

10 Véase Blancas Bustamante, C. (2016, p. 188-199)

11 Tuesta Soldevilla, F. (2014). La Revocatoria en el Perú: entre la participación y la gobernabilidad local. En J. N. ELECCIONES, *Una onda expansiva - Las revocatorias en el Perú y América Latina* (págs. 45 - 66). Lima: Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones.

la vigencia de la revocatoria se ha señalado causales muy generales para su ejercicio que pueden ser canalizados por otros mecanismos, por ejemplo la vacancia, sin embargo, señala Tuesta, “no existe en los expedientes documentación alguna que sustente mínimamente el cuestionamiento de la autoridad”. En la misma línea continúa diciendo Tuesta: “están quienes sostienen que para que se corte un mandato debe existir no solo una declaración sino también una fundamentación con elementos probatorios. Esto obliga a proponer, generalmente al organismo electoral, que se encargue de calificar la solicitud. Así ha ocurrido en Ecuador, desde la reforma del 2011. La consecuencia ha sido que, desde aquel año, ninguna propuesta ha calificado para convocarse a una revocatoria”. Y ello es así. La falta de probanza ha generado que el Perú se convierta en uno de los países con mayor índice de uso de este mecanismo de consulta popular.

La autoridad cuestionada también es un ciudadano con derecho y deberes, por lo tanto, también le es inherente del derecho a la participación política que se ve reflejado, por haber sido elegido autoridad, en la función que desempeña como tal. Así tenemos que como consecuencia lógica a lo expuesto líneas atrás, el derecho a la participación política se traduce en dos dimensiones, respecto de los titulares del mismo: la primera sobre los ciudadanos en la misma acción de revocar y la segunda sobre la autoridad en la posibilidad de gobernar, entonces nos preguntamos si podemos tener un derecho traducido a dos dimensiones distintas que colisionan entre sí, surge la pregunta en consecuencia: ¿es posible ponderar alguna de las dos dimensiones en cuestión?, las respuesta es no, toda vez que cada dimensión representa a una persona en igualdad de derechos, lo que sí existe es un límite, que se encuentra dónde empieza el derecho del otro. Lo que trato de decir es que, mientras la protección del derecho a la participación política del ciudadano, desde la perspectiva de la revocatoria, se encuentra garantizada, el derecho a la participación política, desde la perspectiva de la autoridad cuestionada no lo está, y ello a razón de la falta de dicho requisito de probanza que permitiría a la autoridad municipal o regional presentar descargos, siendo los mismos evaluados por un organismo electoral competente, que para tales efectos sería el Jurado Nacional de Elecciones.

Carlos Blancas, quien en un primer momento justifica la falta de probanza en el hecho de que la revocatoria es un mecanismo de control político y no jurídico o judicial, y que este último le compete al órgano colegiado de cada gobierno a través de la declaración de vacancia, menciona un riesgo existente: “La pérdida de confianza en un gobernante

regional puede obedecer a criterios completamente subjetivos y hasta arbitrarios o caprichosos, pero el que ello ocurra puede considerarse como un riesgo calculado de la democracia, en la cual si bien no siempre el pueblo tiene la razón – o el acierto – al elegir o al revocar a una autoridad, es preferible que este pueda equivocarse en alguna oportunidad a que no tenga la posibilidad de ejercer control sobre sus autoridades¹². Sin embargo, no necesariamente esto es así, habida cuenta que con el simple hecho de mantener la revocatoria se mantiene la posibilidad de ejercer control sobre las autoridades, lo que no se anula con agregarle un requisito de probanza, por el contrario, tutela los derechos fundamentales de todas las partes inmersas en esta figura de control, y que, como consecuencia, disminuye su uso indiscriminado, siendo claro ejemplo el hermano país de Ecuador.

SOBRE LA VALIDEZ DE LA REVOCATORIA

La Ley 26300 y su Ley modificatoria 28421 brindan 3 supuestos para constatar la validez de un proceso de revocatoria:

- El primero al requerir el 25 % de firmas de la población electoral de una circunscripción.
- El segundo cuando el Jurado Nacional de Elecciones comprueba que las firmas presentadas con la solicitud de revocatoria son válidas, de ser así, este convoca a consulta popular de revocatoria.
- El tercero, plasmado en el Art. 23 de la ley en mención, prescribiendo que para que la revocatoria proceda deberán asistir por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los electores hábiles del padrón electoral.

Hasta aquí tenemos un proceso legalmente válido, sin embargo, para que sea eficaz, es decir para su concreción o para que finalmente se pueda revocar a una autoridad se requiere al menos **la mitad más uno de los votos válidos**, que no es otro cosa que la suma de los votos por el Sí a la revocatoria y por el No a la revocatoria. Todo suena, en términos de legalidad, perfecto hasta este punto, pues bien apliquemos ahora estos criterios a un caso práctico:

Tenemos un alcalde que fue elegido con el 35% de votos de toda la población electoral (1000 personas), es decir 350 votos. Ahora bien, por más que la autoridad haya sido elegida con el 35% de la votación (350 votos), tan solo, con 250 votos (25 %) podemos solicitar su revocatoria.

12 Véase Blancas Bustamante, C. (2016, p. 188-199)

Se inicia el proceso de revocatoria, y en el proceso de consulta electoral asisten a votar 500 personas (Que corresponden al 50 % de la población electoral), de esta última cantidad necesitamos sólo 251 votos (Mayoría absoluta – Mitad más uno) para revocar a la autoridad, resultando entonces que la autoridad cuestionada fue elegida con 350 votos y puede ser revocada con tan solo 251 votos, cantidad menor a los votos que lo llevaron al cargo que ostenta. Ello tomando en cuenta si todos los votos son válidos, habida cuenta que es muy probable que muchos de los votos no lo sean, lo que ampliaría aún más la diferencia entre los votos con los que la autoridad fue revocada con los que fue elegida. Entonces una minoría de electores puede revocar a la autoridad. El derecho a la participación política contempla el derecho a ser elegido democráticamente, entendiéndose al porcentaje de votación obtenido como uno de los elementos constitutivos de este derecho, y por las consideraciones expuestas anteriormente sobre las dimensiones en las que se desarrolla el derecho de participación, debe todo porcentaje para revocar a una autoridad mínimamente ser equivalente o superior al porcentaje con el que este fue elegido. Tenemos una figura donde este porcentaje no es considerado en ningún momento, ni para poder plantear la revocatoria (porque el 25% puede ser menos al porcentaje con el que fue elegida la autoridad), y mucho menos para concretarla

EFFECTOS Y SUCESIÓN POST-REVOCATORIA

La ley 26300 y su ley modificatoria 29313 establecen que será el Jurado Nacional de Elecciones quien acreditará a los reemplazantes de los revocados, para completar el mandato que este último no podrá, delimitando lo siguiente:

- *Tratándose del presidente regional, al vicepresidente regional.*
- *Tratándose del vicepresidente regional, a quien resulte elegido por el Consejo Regional entre los consejeros hábiles integrantes de la lista a la que pertenece la autoridad revocada, mediante votación de la mitad más uno del número legal de los consejeros.*
- *Tratándose simultáneamente del presidente regional y el vicepresidente regional, a quienes resulten elegidos por el Consejo Regional entre los consejeros hábiles integrantes de la lista a la que pertenecen las autoridades revocadas, mediante votación de la mitad más uno del número legal de los consejeros.*
- *Tratándose de un consejero regional, al correspondiente accesitario.*

- *Tratándose del alcalde al primer regidor hábil que sigue en la lista electoral a que pertenece la autoridad revocada.*
- *Tratándose de un regidor, al correspondiente suplente en la lista electoral a que pertenece el regidor revocado.*

La misma ley exceptúa de estas delimitaciones a los jueces de paz. Con la última modificación dada por ley 30315 al artículo 25 de la ley 26300 agrega como novedad que en ningún caso hay nuevas elecciones.

Así mismo la ley otorga, en su artículo 29, a la autoridad revocada la posibilidad de postular al mismo cargo en las elecciones siguientes.

LA ACCIÓN POLÍTICA VS DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos autores justifican, la falta del requisito de probanza de la revocatoria en el Perú por el hecho de que este sea un mecanismo de control político, ergo un acto político y no judicial. Entonces es válido preguntarnos hasta dónde puede llegar un acto político, puede colisionar con un derecho fundamental, ¿Cuáles son sus límites?

Al respecto, ha escrito el profesor Ferrajoli, que *La política, cuyas formas y cuyas instituciones representativas son generadas y legitimadas por el ejercicio de los derechos políticos, continúa siendo el motor de la nomodámica jurídica. Pero el fundamento axiológico y la razón social de todo el artificio jurídico e institucional se identifican con la garantía del conjunto de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.*¹³

13 Ferrajoli, L. (2014, p. 17-55). La Democracia a través de los derechos. Editorial Trotta, Madrid. Para llegar a esta conclusión Ferrajoli tres modelos de derecho a lo largo de la historia: "En el primer modelo de validez de las normas tiende a reconocerse y a identificarse con su intrínseca justicia, ligada de forma inmediata a su contenido normativo, es decir, a su sustancia o significado prescriptivo. El Segundo modelo se reconoce y se identifica con su positividad, ligada únicamente a la conformidad de sus formas de producción con las normas formales sobre su producción. En el tercer modelo aquella que se reconoce y se identifica, además de con la conformidad de sus formas, también con la coherencia de su sustancia o significado con las normas no solo formales sino también sustanciales sobre su producción. La modernidad jurídica nace con el Segundo modelo y alcanza su cenit con el tercero, gracias a la positivización, primero, de las formas de la producción legislativa y, después, de los límites y los vínculos de sustancia impuestos por normas constitucionales supraordenadas a ella. Si en el primer modelo de validez de las normas estaba ligada a la forma inmediata a sus sustancias y en el segundo era determinada únicamente por su forma jurídica, en el tercero forma y sustancia, como condiciones de validez de las normas producidas, se encuentran ambas vinculadas, una a la conformidad y la otra a la coherencia o compatibilidad con las normas constitucionales sobre su producción".

Ferrajoli no hace otra cosa que afirmar a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos como los límites a la acción política, es decir, no podrá existir acto político alguno que vulnere un derecho fundamental, lo que trae abajo todos los argumentos que justifican la debilidad de garantismo en la revocatoria con el hecho de ser un mecanismo de control político.

Continúa Ferrajoli diciendo: *Así mismo la dimensión sustancial injertada por el paradigma constitucional en las condiciones de validez de las leyes ha cambiado profundamente la estructura del estado de derecho. No solo se ha tratado de la subordinación al derecho del poder legislativo mismo, sino también de la subordinación de la política a principios y derechos estipulados en las constituciones como razón de ser del artificio jurídico en su totalidad. Por eso, lo producido es no solo un cambio, sino una integración de las condiciones de validez del derecho, y también de las fuentes de legitimidad democrática de los sistemas políticos, vinculados y funcionalizados a la garantía de tales principios y derechos.*¹⁴

Con esto último, el profesor Ferrajoli, no hace otra cosa más que colocar a los derechos fundamentales constitucionales por sobre la política, incluso por sobre todo el ordenamiento jurídico mismo. En conclusión si bien la revocatoria es un mecanismo de control político, esto no lo exime de control constitucional, vinculado al respeto irrestricto de los derechos fundamentales

Así mismo Guastini refiere: *El originario concepto liberal de constitución fue puesto en claro por el artículo 16 de la Declaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), que estableció lo siguiente: "Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene constitución". En este contexto, recientemente, el término "Constitución" denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder político.*¹⁵

Es decir tanto Ferrajoli como Guastini, concuerdan en que existen dos cuestiones principales que definen a un Estado como Constitucional de Derecho, el primero que refiere a la correcta división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y la segunda que se traduce en la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

14 Véase Ferrajoli, L. (2014, p. 56).

15 Guastini, R. (2013, p. 24). Estudios de teoría constitucional, *La constitución como límite al poder político*. México: Fondo Fontamara.

CONCLUSIONES

A. El derecho de participación política otorga la facultad al ciudadano de intervenir en la vida política de la nación, participar en la formación de la voluntad estatal y en la dirección de la política de gobierno, así como integrar los diversos organismos del Estado.

B. El derecho de participación política se convierte en un derecho pluridimensional, concretándose en diferentes modos de participación. Es decir, no se encuentra atado a una sola acción, sino a toda aquella que implique la participación del ciudadano en la vida política del Estado.

C. La revocatoria en el Perú ha perdido su calidad excepcional como institución de consulta popular, desde su planteamiento, sin mayores requisitos que los ya expuestos y con porcentajes no muy difíciles de alcanzar.

D. La flexibilidad que otorga la ley 26300 para el uso de la revocatoria ha llevado a que el Perú sea el país con mayor cantidad de revocatorias en el mundo.

E. La revocatoria, que en el Perú se encuentra normada en el Capítulo III de la Ley 26300 afecta el derecho de participación política de las autoridades regionales y locales que han sido elegidas por voto popular en el Perú, al no establecer un procedimiento garantista que proteja su derecho de participación, generando solamente incentivos a favor de la revocatoria y en consecuencia facilitando su uso indiscriminado.

F. Si bien la revocatoria es un mecanismo de control político, esto no lo exime de control constitucional, vinculado al respeto irrestricto de los derechos fundamentales. Son los derechos fundamentales el límite al Poder Político.

G. Se debe otorgar legitimidad a la revocatoria como vertiente del derecho fundamental a la participación política, primero con un procedimiento igualitario que trate con justicia a los involucrados, y en segundo orden, con una cantidad de votos que legitimen su ejecución como expresión de la soberanía popular, ergo, urge modificar algunos artículos de la ley 26300 buscando otorgarle una línea garantista y legítima, pudiendo así las dos partes, ciudadanos y autoridades, sentir su derecho a la participación política protegido y tutelado. No se trata solamente de buscar que el pueblo ejerza un control, sino de que lo ejerza con un procedimiento legítimo, como evidencia de un estado democrático.

BIBLIOGRAFÍA

Avendaño, O. (2008). De la autonomía del mandato a la rendición de cuentas. *Revista de Sociología* 22, 93-116.

Bernales Ballesteros, E. (2007). El derecho humano a la participación política. *DERECHO PUC*, 9-32.

Blancas Bustamante, C. (2016). *Derecho Electoral Peruano*. Lima: Palestra Editores.

Caballero Ochoa, J. L., & Rábago Dorbecker, M. (2016). Artículo 23. Derechos Políticos. En C. Steiner, & P. Uribe (Edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pág. 554). Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

Carruitero Lecca, F. (2014). *Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: San Bernardo Libros Jurídicos.

Comisión Andina de Juristas. (1997). *Protección de los Derechos Humanos: definiciones operativas*. Lima: CAJ.

Ferrajoli, L. (2014). *Derechos Fundamentales y Democracia*. (M. C. Sánchez, Ed.) México.

Ferrajoli, L. (2014). *La Democracia a través de los derechos*. Editorial Trotta, Madrid.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. (2014). *Una Onda Expansiva - Las Revocatorias en el Perú y América Latina*. Lima: Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones.

Miró - Quesada Rada, F. (1990). *Democracia Directa y Derecho Constitucional*. Lima: Artes y Ciencias Editores.

Miró - Quesada Rada, F. (2013). La revocación: el caso peruano. *Pensamiento Constitucional* N° 18, 89 - 104.

Peruzzotti, E. (2007). Rendición de cuentas, participación ciudadana y agencias de control en América Latina. *XVII Asamblea General Ordinaria OLACEFS* (pág. 21). Universidad Torcuato Di Tella.

Rivera Sánchez, J. L. (2006). Revocatoria de mandato para funcionarios de elección popular en los gobiernos locales. (T. S. ELECCIONES, Ed.) *Revista de Derecho electoral*.

Sartori, G. (2012). *Partidos y Sistemas de Partidos*. Madrid: Alianza Editorial.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional , 0003-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 19 de Setiembre de 2006).

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 00028-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 18 de Noviembre de 2005).

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú , Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 25 de Abril de 2006).

Thibaut, B. (1998). Instituciones de Democracia Directa. En D. Nohlen, S. Picado, & D. Zovatto, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pág. 67). México: Fondo de Cultura Económica.

Tuesta Soldevilla, F. (2014). La Revocatoria en el Perú: entre la participación y la gobernabilidad local. En J. N. ELECCIONES, *Una onda expansiva - Las revocatorias en el Perú y América Latina* (págs. 45 - 66). Lima: Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones.

Zovatto, D. (1998). Derechos Políticos como Derechos Humanos. En D. Nohlen , S. Picado, & D. Zovatto, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pág. 856). México: Fondo de Cultura Económica .

Guastini, R. (2013). Estudios de teoría constitucional. *La constitución como límite al poder político* (pág. 23-39). México: Fondo Fontamara.

García Guerrero, J. (2017, p. 507-508), *Derecho Constitucional Comparado*, Directores: Diego Lopez Garrido, Marcos Francisco Massó Garrote, Lucio Pegoraro. Edit. Tirant Lo Blanch.

Rebato Peño, María Elena. La desconexión entre representante y representado: ¿caminamos hacia la revocación del mandato representativo? UCLM.

Bellamy Richard. Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. (2010, p. 37 - 43). Marcia Pons, Madrid.

O DISCURSO DIALÓGICO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A COMUNICAÇÃO: ANÁLISE DESDE A PERSPECTIVA DO DIREITO, RETÓRICA E COMUNICAÇÃO DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

RICARDO APARECIDO DE SOUTO¹
EDINILSON DONISETE MACHADO²

INTRODUÇÃO

Este trabalho vislumbra discutir as variantes e peculiaridades do discurso jurídico, tendo como base a obra “Direito, Retórica e Comunicação”, do autor Tercio Sampaio Ferraz Jr., quem no capítulo I e II, vem a desenvolver o discurso como discussão, desde explicações genéricas que aproximam, as mais específicas, que permitam finalmente chegar à reflexividade, para entender as diferentes situações comunicativas que se apresentam no atual contexto social brasileiro.

Tendo em conta que, o núcleo da obra de Sampaio é o discurso ju-

- 1 Advogado. Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Conceito (A) crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina, e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Membro do grupo de pesquisa GRADIF (UNIVEM). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: constitucional, internacional, asilo político, acessibilidade, autonomia e defesa do deficiente, participou como palestrante e conferencista em eventos jurídicos no Brasil e América Latina, com publicações nacionais e internacionais.
- 2 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1987), Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós-graduação. No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito. Foi Procurador Seccional da União em Marília e Diretor da Faculdade de Direito, da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Jurisdição, Hermenêutica Constitucional e em Direito Administrativo.

rídico desde um ângulo específico, precisa-se explicar desde o princípio, os componentes do discurso e os costumes que se tem em seu modo de tratá-lo, com a finalidade de fazer uma análise do atual agir discursivo do Supremo Tribunal Federal-STF com a sociedade brasileira, tendo em conta a recente recriminação feita pelo Ministro Alexandre de Moraes do STF, que ordenou a retirada do ar reportagens da revista *Crusoé* e do site *O Antagonista*, onde se revelavam informações que envolviam o atual presidente do STF .

O ponto de questão do presente trabalho é determinar a partir de um estudo hermenêutico da obra *Direito, Retorica e comunicação* de Tercio Sampaio, se o discurso pretendido pelo Supremo Tribunal Federal fere ou não a liberdade de expressão e comunicação resguardada na constituição.

1 - A IMPORTÂNCIA DO ATO DE DISCUTIR NO DISCURSO

Para desenvolver o presente estudo, se faz necessário começar por entender os componentes do discurso. É por isso que, quando se fala de discurso, o mais comum é considerar que a sintaxes se encontra em um primeiro plano, segundo a semântica e por último de forma subsidiária a pragmática; tal como indica Ferraz (1997, p. IX) a pragmática no campo da retórica como instrumento do discurso na argumentação jurídica, e de suas formas discursivas é caracterizada por ter certa ausência de rigor, tomando, portanto, uma posição inferior frente a sintaxe e a semântica.

Explica Ferraz (1997, p. IX) que existe uma moderna teoria da argumentação que tem como principal característica a redescoberta da retórica em relação com a teoria da informação, da comunicação, da organização e da decisão, como a implementada por Theodor Viehweg, na perspectiva jurídica, e a implementada por Chaim Perelmam, na lógica; pretendendo ambos inverter a ordem que normalmente é costumeira na investigação semiótica; devendo prevalecer o momento da “discutibilidade”, pois este será o ponto de partida para analisar o discurso, o qual se determina por ser um ato *inter homines*, é dizer, a ação linguística entre homens, dirigidas a outros homens; o que permite determinar o discurso como uma produção de pensamentos.

Essa produção de pensamentos pelo ato *inter homines*, é o direito e liberdade próprio dos Estados democráticos de Direito, o qual se encontra garantido e inserido na maioria dos ordenamentos constitucionais, como direito de livre manifestação do pensamento e como direito da livre expressão de comunicação, permitindo que o próprio conceito de democracia

seja analisado como um conceito que integra a alteridade, o qual permite um diálogo plural e recíproco, e que proteja o livre desenvolvimento da personalidade e respeito do agir e do pensamento individual

Para centrar-se na produção de pensamentos para o agir discursivo, conforme Ferraz (1997, p. X) é importante ter em conta a concepção aristotélica da lógica, pois esta tem sua origem na dialética retórica dos sofistas, de Sócrates e de Platão; sendo a concepção epistemológica da lógica, a que transformou a retórica em simples “oratória”, mas, a antiga lógica aristotélica conhecida como lógica operativa ou dialógica, permitiu atualmente tentar uma nova investigação das operações lógicas, baseadas em nova análise do discurso, enquanto o ato de discutir; permitindo assim uma interpretação dialógica das operações lógicas; nesse sentido o diálogo como jogo entre duas partes litigantes, um proponente e um oponente, se desenvolvem laços de jogo lógico de refutação de proposições, com a finalidade de demonstrar a verdade ou falsidade, por meio de estratégias de vitória; o que no campo jurídico, especificamente no direito processual é de fundamental importância.

Essa nova análise do discurso, enquanto o ato de discutir, permite a diversidade e interatividade de ideias e pensamentos que possibilita a materialização da pluralidade como valor supremo de uma sociedade como a brasileira, permitindo a construção e reconstrução de conceitos, definições e do Estado democrático de direito. O discurso como ato de discutir possibilita a reciprocidade, ambas as partes devem ser emissoras e receptoras, devendo essa lógica operativa conforme Ferraz (1997, p. X) ser conduzida por força de seus pressupostos, pelo comportamento recíproco e correto dos jogadores, que admita uma proximidade entre a ética e a lógica.

Nesse sentido deve-se explicar que é necessário que a ética se aproxime com a lógica, para possibilitar o discurso dialógico deva ser uma ética de valores, Abel Naranjo (1992, p. 77) manifesta que os sistemas éticos podem situar-se em quatro escolas fundamentais:

Una ética de bienes o de fines que, esencialmente, consiste en dirigir la conducta hacia la consecución de unos fines o bienes que se estipulan más altos que los que abastecen a los sentidos; una ética empírica supone que cada uno, individualmente, tiene sus propios fines y debe realizarlos por encima de cualquier consideración a los de otro; una ética formal, cuyo idea central es la de que la moral debe ser absolutamente desinteresada de los resultados externos, contra la ética de bienes, es una ética autónoma cuyo supremo exponente es Kant, contra la heteronomía, y finalmente una ética de valores para

la cual el ideal ético supone una serie de valores cuya realización es lo que constituye en valiosa conducta. Su objetivismo consiste en sostener que las cosas no son buenas porque nos agradan, sino, al contrario, que nos agradan porque son buenas.

O sistema ético de valores vem a adicionar ao discurso o valor da justiça, posto que, para ser entendido o discurso como ato de discutir, os valores éticos se sobrepõem aos relacionamentos de dominante e dominado, onde o pensar próprio não se impõe, senão, que se compartilha esperando que as diferentes reações, sejam a favor ou contrárias, porém sempre dentro do um âmbito de respeito onde se argumenta e não se censura. Ferraz (1997, p. XI-XII) indica que o discurso é uma relação entre emissores e receptores; a partir dessa relação se pode observar como é, e por que o discurso toma uma determinada estrutura, que lhe permite distinguir os modos básicos e esquemáticos da discussão.

Para que o discurso seja racional deve haver o entendimento mútuo dos interlocutores, aonde o que fala emite significações, sentido a ser discernido, compreendido pelo ouvinte, explica Ferraz (1997, p. XII) que deve haver um mútuo entendimento, e é a partir deste mútuo entendimento que se distingue o discurso racional do irracional, e os elementos que compõe a situação comunicativa discursiva: o orador, o ouvinte e ação linguística como objeto do discurso; sendo necessário que entre as regras exista o dever de prova, para o orador sustentar seu discurso.

A reciprocidade no discurso é essencial para que este seja considerado racional, entretanto, o que isso significa? O que pode ser entendido como racional dentro do discurso? Quando se fala de racionalidade inerente à argumentação, fala-se então da retórica e demais domínios onde o ser humano se comunica com outras pessoas para defender os seus pontos de vista; e conforme Habermas (2012, p. 49-50) se entende por racional aquela pessoa que age de maneira eficiente exteriorizando opiniões fundamentadas.

Esse agir racional no diálogo, quando o ouvinte questiona o orador, indica Ferraz (1997, p. XII) que pode-se classificar essa reação como *dubium*³, e no monólogo como *certum*⁴, em ambos os casos em uma relação discursiva racional se pressupõe que seja homóloga, porém, mesmo no discurso racional se pressupõe que há relação heteróloga no discurso contrário que afeta o problema da decisão, como exemplo, encontra-se o discurso judicial, porquanto, quase sempre permanece a discussão contra, incluindo a discussão

3 Duvidoso

4 Certo

da norma, é dizer, a norma jurídica vista como discurso.

Para compreender a forma de discurso de diálogo ou monólogo e as reações do ouvinte *dubium* ou *certum*, deve-se compreender as situações comunicativas do discurso, analisando a ação linguística como um processo de argumentação, que por meio do ato de discutir se busca persuadir e convencer, além do mero ato de agir, o qual será desenvolvido no tópico a seguir.

2 - A NECESSIDADE DE QUESTIONAMENTO DO QUE É QUESTIONADO, COMO GARANTIA DA REFLEXÃO NO DISCURSO

Ao fazer referência a discurso, deve-se compreender que se trata de um acontecimento intersubjetivo específico, por tratar-se de um ato entre homens que propõe apelar ao entendimento de outrem. O agir é uma das necessidades natas do ser humano que permite além de conhecer, aporta conhecimentos; criando, construindo, ou recriando ou reconstruindo aquilo que se pretendia como verdade; como exemplo cita-se a Galileu Galilei quem tinha convicções científicas opostas à igreja, reconstruindo um discurso que se imponha como verdade, embora seu discurso fora censurado e proibido ele continuava questionando.

Explica Ferraz (1997, p. 3) que toda pessoa está inserida num mundo articulado linguisticamente, procurando ajeitar-se nele, pretendendo adaptar-se as suas articulações; e, não necessariamente que deva aceitar as articulações sem questioná-las, é dizer, o homem não necessariamente tem que aceitar pacificamente as articulações, pois o homem não está apenas no mundo, mas deve orientar-se nele, ou seja, que não aceita apenas o que lhe foi ensinado, como também questiona-o, assim exigindo explicações plausíveis, justificáveis, e que ao falar não está apenas inserido como também faz parte do mundo, como um autor transformador do mundo.

Quando o homem discursiva, proporciona mudanças, busca objetivos para seu agir, e razão para o falar, e quando age linguisticamente interage com outros homens, que poderá aceitar ou recusar, e reconhecer ou colocar em dúvida. Inicialmente o discurso transparece como discussão, é dizer, discussão é a articulação linguística que se dá no perguntar e responder, se presume uma articulação e não somente uma ação e reação, e neste discurso torna presente o passado e o futuro citando o acontecido e o que está por vir.

Ao fazer uma pergunta demonstra a insegurança da própria ação possibilitando distinguir objetivos e consequências, e se faz notar se está fundamentado ou não o discurso, e as variantes e possibilidades do agir, de como se deve agir, se deseja agir, assim, uma pergunta não fica no vácuo, mas atrai ou carece de resposta e, sobretudo precisa ser justificada na apresentação de fundamentos. Então surge a resposta que se dá com a sustentação da própria ação, fixando os objetivos e as consequências do agir, e no discurso da fundamentação que segundo Ferraz (1997, p. 4) é denominado a resposta.

Ferraz (1997, p. 5) distingue ou diferencia dois graus da situação discursiva, *i-* o discurso como discussão: entendendo a discussão como uma mera ação linguística, que tem como modelo primário o ato de perguntar e responder; sendo assim perguntar vem a denotar uma insegurança da própria ação, que se articula num mundo de justificações, a qual tem pretensão de autoridade, tem capacidade e prontidão para exigir confiança, determinando objetivos e apresentando fundamentos; sendo com a fundamentação do discurso que se possa falar da existência de uma resposta.

O fato de perguntar é uma ação que muito além de denotar insegurança, demonstra que a pessoa que está inserida num mundo articulado busca entendê-lo e fazer parte dele, e, a aceitação ou rejeição da resposta que procura depende muito da capacidade da argumentação, que nessa interação pergunta e resposta pretende persuadir e convencer. O outro grau de discussão discursiva referido por Ferraz (1997, p. 5) encontra-se: *i-* o discurso como articulação entre pergunta e resposta: aqui a discussão não está resumida em questionamentos de objetivos e fundamentos, além disso, envolve o questionamento das próprias justificações, se repete em relação a si mesmo as perguntas e respostas como uma forma de reflexividade.

A reflexividade como resultado da articulação de perguntas e respostas permite compreender a complexidade do mundo, onde o ser humano tem a capacidade de agir e também de analisar, já que não é um mero transmissor ou receptor de conhecimentos, pois sua capacidade de interagir e pensar, permite que possa confrontar seu agir com aquilo que acredita como correto podendo prever e aceitar as consequências que elas conduzem.

É por isso, que o modelo primário da discussão, que se manifesta com a articulação entre pergunta e resposta o que leva ao segundo plano, que tem maior complexidade, tal como explica Ferraz (1997, p. 6) porque não se resume em questionamento de objetivos, fundamentos e a obrigatoriedade de serem justificados, entretanto, os questionamentos

estão voltados para a própria justificação, então começa o que chamamos de reflexividade, as perguntas e respostas repetem entre si; assim como no primeiro plano -discussão de primeiro grau - carece objetivos e fundamentos, no segundo plano -discussão de segundo grau- os mesmos objetivos e fundamentos são questionados, é exigido bons objetivos e fundamentos verdadeiro, este discurso chamado *ars bene dicendi* ⁵.

No segundo grau da discussão é preponderante a compreensão do conceito de reflexibilidade, se abstendo de ser confundida com a lógica formal; que conforme Ferraz (1997, p. 6), a identidade exata da relação reflexiva nos impediria de ver no contexto da complexidade do próprio discurso, na mesma dimensão de questionar, o questionamento do que é questionado no discurso é plausível, pois o cerceamento deste segundo questionamento veta o que chamamos de reflexão; não podendo-se apenas falar, mas falar sobre o que se fala.

É precisamente neste ponto que se deve repensar se o discurso monológico é a melhor forma de garantir a liberdade de expressão e comunicação em uma sociedade pluralista? Este questionamento se pretende resolver, mais adiante, pois é necessário primeiramente conhecer os elementos do discurso como discussão e as formas de discurso, para finalmente poder refletir ao respeito.

No contexto utilizado por Ferraz (1997, p. 7) a reflexibilidade então significa o questionar crítico manifestado na própria discussão; ao tentar buscar uma nova justificação com a finalidade de estabelecer os objetivos e fundamentos apontados no próprio discurso, busca-se colocar à prova os fundamentos e sua sustentabilidade, e quando discussão questiona a própria discussão manifesta a reflexão, e neste processo argumentativo ambos estão utilizando cada mecanismo no propósito de persuadir e convencer.

No contexto atual, o discurso como ação e reação, se tem configurado como um aspecto fundamental e característico de uma era totalmente digitalizada, permitindo o agir comunicativo e discursivo das pessoas em tempo real, em senários distintos, onde se discursa sobre os diferentes assuntos que ocupam a atenção de um público global; internet como meio de difusão massiva é utilizado como elemento de comunicação, abrindo espaço para a reflexividade de quem recebe a informação, como para quem a transmite; observe-se que em todas as redes denominadas de sociais sempre existe um espaço para fazer comentários, o qual permite ao receptor questionar aquilo que se apresenta como uma verdade, e ao orador refletir sobre seus próprios argumentos para tratar

5 A arte de falar bem

de persuadir ou convencer.

Conforme *a priori* Ferraz (1997, p. 7) revela que só será admitida como ação linguística a que pode ser entendida, e para tal deve ser fundamentada, a situação comunicativa, (fundamentante), ou seja, a que poder ser aprendida, ensinada, com base no conhecimento e na vivência, e com a função social é feito a estruturação do desenvolvimento da ação linguística. Com o discurso fundamentante torna-se claro as finalidades e objetivos, por isso o entendimento mútuo que talvez gera a persuasão e o convencimento. Não todo discurso é composto de justificação argumentada, mas pode ser sempre exigida tal justificação, desde que o orador tenha pretensão de autoridade ou é questionado pelo ouvinte (dúvida).

O discurso que fundamenta e argumenta com base no conhecimento, admite a participação ativa de ambas as partes, pois permite que o que se fala possa ser entendido, o que outorga a capacidade de persuadir ou convencer ao ouvinte, mas para convencer ou persuadir é necessário que o ouvinte possa questionar aquilo que foi falado, seja para consolidar seu convencimento sobre o assunto, ou para criar sobre aquilo que foi falado um novo entendimento.

Não pode ser esquecido que todo discurso deve ter o dever de prova, posto como ensina Ferraz (1997, p. 7) é com ele que se revela a reflexividade onde se desponta o centro ético e lógico da discussão, por isso não há discussão sem ônus probandi⁶, é dizer, não há discussão sem o dever de prova, já que houve o dever de dizer. Essa regra do dever de prova estabelece que, quem fala tem que fundamentar quando lhe é exigido, pois, essa regra é a que insere um sistema ético de valores e raciocínio ao discurso.

2.1 - AS FUNÇÕES PRAGMÁTICAS DOS COMPONENTES DO DISCURSO ENQUANTO DISCUSSÃO

Para compreender melhor a necessidade das articulações do discurso num primeiro plano como pergunta e resposta, e em um segundo plano como reflexividade, e o importante dever de prova, é preciso analisar desde a perspectiva de Ferraz os três componentes do discurso como discussão, o qual será aqui analisado.

Para instaurar uma situação comunicativa é necessário a existência de três elementos como são orador, ouvinte, e objeto; Ferraz (1997, p. 8-9) comenta que o orador é quem abre a discussão e impõe sua ideia, pretensão, a asserção, pressupondo na perspectiva do dever de prova a pretensão de autoridade, o qual deve ser compreendido e

6 Encargo de provar. Expressão que deixa ao acusador o trabalho de provar (a acusação).

avaliado conforme o grau de compreensão e aprendizagem do ouvinte; o orador deve ser dotado de engenho (*ingenium*), como produtor de sentido, fantasia que deve se orientar pelo discernimento (*judicium*), e pela prudência (*consilium*).

Embora o orador parecera jogar um papel central no discurso, por ser quem abre a discussão, o ouvinte cumpre um papel essencial como componente do discurso, pois, tal como leciona Ferraz (1997, p. 9) é para ele que a ação linguística é direcionada e desenvolvida; e dependendo de sua reação é que se dará o rumo da discussão, ou seja, o ouvinte é parte fundamental do direcionamento da discussão, pois é ele que coestabelece as linhas de argumentação do discurso; o ouvinte não é um produto do orador, mas um componente essencial que vai proporcionar o resultado do conflito prático, pois nesse caso há uma reação do ouvinte.

A ideia de ação e reação, explica Ferraz (1997, p. 10) que antecede a articulação sintática e semântica do discurso, pois ela é pragmática, pois se dá dentro e não fora do discurso e tampouco anterior a ele, isto é, o termo racional, irracional, verdadeiro, falso, se dá na situação comunicativa, no momento exato do discurso.

Como terceiro componente da discussão encontrasse o objeto, o qual é entendido como aquele, pensamento, ideia ou fala que é externado na ação linguística pelo orador. Ferraz (1997, p. 11) leciona que o objeto deve ser compreendido nos termos de reflexividade, objetivos e fundamentos, e como também acompanhado de justificação. O objeto como processo reflexivo pode nos levar *ad infinitum*, na medida em que se regressa o discurso problematizando e colocando a prova argumento pós argumento; devendo, portanto, existir o dever de prova.

Além do discurso *infinitum*, Ferraz (1997, p. 12) aponta, que na situação comunicativa também há o discurso fechado que se caracteriza por ter um baixo grau de reflexividade, e que o mesmo já leva a decisão e se torna como verdadeiro, uma vez que são autoexplicativos e muito explícito seu sentido. Não se pretende discutir aqui quem tem maior ou menor importância, ou se o discurso fechado ou discurso *infinitum*, e sim se pretende desenvolver as modalidades do discurso, dividindo-se estes em discurso dialógico e discurso monológico, com a finalidade de poder fazer uma comparação para responder ao questionamento exposto: *O discurso pretendido pelo Supremo Tribunal Federal com a sociedade brasileira censura a liberdade de expressão e comunicação?*

3 - ANÁLISE DO DISCURSO DIALÓGICO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

O questionar o que é questionado no discurso é admissível, a fim de não cercear o poder de questionar e refletir. A intervenção ativa do ouvinte no discurso pode ser estudada a partir de seu relacionamento com o direito da liberdade de expressão e de comunicação, quando o discurso como ato de discutir possibilita a reciprocidade numa lógica operativa que se desenvolve pela força de seus pressupostos, dentro de um comportamento recíproco e correto dos jogadores, que consinta no desenvolvimento do discurso com uma ética de valores

O discurso dialógico propriamente dito, que conforme Ferraz (1997, p. 15) é aquele onde há uma intervenção ativa e de interesse do ouvinte, é dizer, uma pretensão resistida, onde o orador e o ouvinte tem características determinadas, sendo, o orador o proponente da discussão, e ouvinte a quem vai direcionada a ação linguística. A dialogicidade é, portanto, uma interação comunicativa entre quem fala, escuta e intervém, o qual representa um dos atos de raciocínio mais significativos do ser humano, podendo mediante o discurso determinar a produção de pensamentos e inserir-se nos diferentes contextos.

Essa capacidade de produção de pensamentos, tanto de quem propõe a discussão, como de quem escuta e intervém, bem pode se relacionar na práxis com direitos que garantem que essa interação seja possível; veja bem, quando fala-se de direitos da personalidade, fala-se, conforme Bittar (2015, p. 29) de direitos reconhecidos nos ordenamentos jurídicos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, com a finalidade de defender seus valores inatos, é dizer, aqueles que lhe permitem seu livre desenvolvimento.

A participação de ambas as partes no discurso como ato de discutir representa a forma de como o ser humano percebe e se insere no mundo, podendo exteriorizar seu pensamento e esperar as diferentes reações que devem-se ajustar a um comportamento ético e lógico. Ferraz (1997, p. 15) explica que o orador além de ser proponente é participe, e um transmissor sintomático, e como tal ele está exposto a sofrer as influências de sua própria ação linguística, sendo assim, é impossível fazer uma desvinculação entre a ação linguística e seu orador, razão pela qual essa responsabilidade assumida por ele vai dirigida ao dever de prova, a transmitir sentimentos ao ouvinte, e este a seu tempo reage ativamente,

provoca que sua presença na situação dialógica configure uma discussão.

Para entender melhor, Correia explica (2015, p. xxxv- xxxvi) que é da condição humana inserir-se no mundo por palavras e atos, sendo uma espécie de segundo nascimento pela qual confirmamos e assumimos nosso aparecimento físico no mundo, e essa inserção no mundo humano por palavras e atos não é imposta pela necessidade, e sim pela condição humana, e pela capacidade de desencadear o novo, por seres que são capazes de realizar suas próprias ações e reações, que além de ser uma resposta, é sempre uma nova ação que segue seu curso próprio e afeta os outros.

O discurso dialógico pode bem ser entendido como a capacidade do ser humano de agir e reagir, gerando novas formas de pensamento; conforme Arendt (2015, p. 218) só o ser humano tem a capacidade de distinguir-se, pois ele pode-se comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa; sendo através do discurso e a ação que se revela sua distinção única como ser humano e as formas como aparecem uns para os outros; sendo assim, manifesta Arendt, (2015, p. 219) uma vida sem discurso é literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens.

O ser humano só revela quem ele é quando discursa e expressa o que ele pensa, tendo, portanto, a capacidade de fazer escolhas, não podendo ser banidos seu agir e reagir, quando no discurso encontra-se inserido seu valor no da pluralidade. Embora o agir e reagir discursivo não signifiquem necessariamente estar em prol ou contra os discursos dos outros indivíduos, o fato de expor o que se pensa é onde radica a verdadeira liberdade de expressão da individualidade.

Quando se fala do discurso dialógico, estabelece Ferraz (1997, p. 16) que o orador e ouvinte devem estar em situação, é dizer, levados mutuamente em conta sua atividade linguística, pois é ali que se determina a discussão, estabelecendo para si suas próprias regras que permitiram constituir sua estrutura linguística. O orador ao causar um sentimento com a ação linguística, e o ouvinte ao reagir conforme a modelo de pergunta e resposta, exacerbando de forma esquemática as características da pergunta, com isso o que se pretende é pôr a prova uma ação linguística dotada de autoridade, no sentido de comprovar sua sustentabilidade, com a finalidade de qualificar o objeto dessa discussão, assim se apresenta um *dubium* dentro da ação linguística.

A dúvida no discurso apresenta-se como reflexão que permite questionar o que é questionado, admitindo o desenvolvimento de novos conhecimentos, o que resulta muito importante para não ficar

estancados, tendo em conta que o conhecimento é a forma como compreendemos nossa realidade histórico e dependendo da época apresentam-se mudanças, onde aquilo que antes se considerava como verdade, agora, em outro contexto pode ser questionado, desencadeando novos processos de conhecimento.

E quanto ao *dubium* como questão resultante de uma ação linguística, explica Ferraz, (1997, p. 16) pretende-se inicialmente apresentar alternativas, como uma concorrência de possibilidades; ao qualificar uma questão como *dubium* dentro do discurso compreende-se a ausência de consenso, pois, segue conflito, variação, porém possibilidades de alternativas, apresentando-se, destarte, uma complexidade que dada a participação do ouvinte como elemento essencial do discurso permite soluções alternativas, despontando um caráter reflexivo.

A concorrência de possibilidades que a questão possibilita no discurso dialógico é a materialização da pluralidade, pois, pensar de forma diferente, significa a não aceitação de imposição de verdades como absolutas, portanto há inexistência de consenso. Embora o consenso seja considerado conforme Gomes (2005 p. 12) como um acordo que ocorre à luz do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade de um discurso, ou seja, um consenso que se estabelece, por intermédio de um exercício racional de argumentação não coercitivo, que sempre pressupõe no processo comunicativo: a compreensão, a verdade, a sinceridade e a justiça; o dissenso não pode ser considerado como um ponto negativo do discurso, uma vez que se apresenta como reflexão e permite repensar ou reestruturar ideias e pretensões, tanto do orador como do ouvinte.

Deve-se observar que não pode se confundir a falta de consenso no discurso com o discurso monológico, posto que, na falta de consenso deve haver *a priori* um exercício racional argumentativo, apresentando-se o reconhecimento mútuo entre as partes que discursam e de suas pretensões, devendo ambas as partes compreender as pretensões, podendo estabelecer ou refutar a pretensão apresentada como verdade; enquanto no discurso monológico a verdade apresenta-se como irrefutável.

O *dubium* que se apresenta no discurso dialógico conforme ensina Ferraz (1997, p. 18) pode ser compreendida com o estudo de suas características peculiares como são: a proposição da estrutura do discurso dialógico, a não mediação de uma verdade, pois, sua intenção é pressupor possibilidades de mais soluções; a não constituição de um axioma, e o desenvolvimento de regras pragmáticas; sendo a regra geral o dever de prova.

O discurso dialógico que dentro do parâmetro de reconhecimento recíproco, que descarta a imposição de verdades como absolutas e irrefutáveis, estimula o valor da pessoa, sua dignidade e sua capacidade de diferenciar-se e manifestar seu pensar livremente, impedindo o abuso de poder, o autoritarismo, é uma das maiores expressões da democracia, que conforme Pedra (2016, p. 230) respeitar a opinião política dos demais, constitui um dos princípios fundamentais da democracia, uma vez que todos são iguais e livres; sendo a liberdade de expressão, e a liberdade de pensamento, tão característico da democracia que não tem lugar num sistema político baseado na crença de valores absolutos, sendo que apenas os valores relativos são acessíveis ao conhecimento, à vontade humana.

O discurso Dialógico tem uma estreita relação com o direito à liberdade de expressão; Torres (2013, p. 62-63) manifesta que na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação; apresentando-se conexos e intrínsecos à liberdade de expressão outros direitos, como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa etc.

A dialogicidade se reveste dessa liberdade entre os que intervem no discurso, garantindo o importante direito de expressão com o argumento e respostas que levem a uma reflexão, Cavalcante (2001, p. 250-251) explica que:

A resolução discursiva de pretensões de validade controversas vai gerar um espaço político- normativo onde todos os participantes dos processos de discussão possam ter espaço para levantarem e justificarem pretensões de validade por meio de argumentos racionais, rejeitando as coerções da produção material, questionando acordos normativos impenetráveis e convicções imune ao exame discursivo, distinguindo claramente, entre as ações orientadas ao entendimento e as ações orientadas ao êxito, ou sucesso, entre atitudes racionalmente motivadas e atitudes motivadas empiricamente, separando vontades individuais de interesses coletivos e mais gerais.

A partir desse entendimento, a liberdade de expressão deve garantir a pluralidade que se materializa com a construção das opiniões dos que discursam, permitindo-lhes a todos poder exercer sua condição

de humanidade e seus direitos a se comunicar, a informar como seres pensantes que entendem ou buscam entender os contextos nos quais se desenvolvem como pessoas e como cidadãos.

3.1 - O DISCURSO AUTORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CENSURA O DIREITO DE EXPRESSÃO/LIBERDADE DE IMPRENSA

O relacionamento entre discurso dialógico e o direito da liberdade de expressão num sentido amplo e estrito, opõe-se ao discurso autoritário do Supremo Tribunal Federal que pretende censurar a liberdade de expressão e comunicação, tendo em conta a recente recriminação feita por o Ministro do STF Alexandre de Moraes, que retirou do ar reportagens da revista *Crusoe* e do site *O Antagonista*, onde se revelavam informações que envolviam o atual presidente do STF; situação que percebe-se como um agir que vulnera a liberdade de expressão e informação, parcializando a informação para fins próprios, impondo um discurso como absoluto no contexto social brasileiro.

Essa determinação do STF, explica Amaral, (2019) considerou-se uma afronta à constituição brasileira, tendo em conta que a censura e restrição à liberdade de expressão e de imprensa é utilizada comumente pelos governos autoritários para limitar a capacidade das pessoas de se expressar; o que torna lamentável que a censura fosse praticada por quem é responsável pela guarda da constituição, é dizer, pelo STF. Os ministros Moraes e Toffoli, que instauraram um inquérito sigiloso para apurar *Fake News*, censurando posteriormente informações publicadas demonstra com clareza que o STF agiu contra de todas as regras escritas e não escritas, e contra da Constituição Federal, apesar de que se observe no mesmo texto, que o pluralismo é uma das bases da democracia brasileira.

Esse agir do STF, de proibir qualquer pronunciamento, expressão ou manifestação contrária aos interesses pessoais de seus ministros, parcializando a informação e censurando tudo aquilo que torna-se para eles desfavoráveis, pode ser interpretado como uma forma plausível de autoritarismo, que não permite que dentro de um Estado democrático de direito possa ser estabelecida uma dialogicidade; impondo as próprias verdades como absolutas e, enxergando a sociedade brasileira como um simples receptor, totalmente passivo e incapaz de interferir e refletir sobre assuntos que tornam-se importantes, cerceando esse direito de reflexão.

Cunha (2006, p. 219) comenta que ao falar, não nos damos conta de que as palavras envolvem concepções e sentidos compartilhados, a maneira pela qual habitualmente são usadas, bastam ao processo cotidiano de comunicação, mas insuficientes se utiliza-las como instrumentos para o conhecimento das coisas; a divergência de entendimento não decorre apenas da multiplicidade de significados que as palavras normalmente têm, e por seu permanente processo de mudança, senão que também assumem matizes distintas à luz dos interesses envolvidos.

A condição de humanidade permite ao homem agir, discursar e diferenciar-se dos outros, mostrando-se quem ele é, consistir em importante a divergência de entendimento sobre determinado assunto, o qual se faz possível o enriquecimento e mutabilidade do conhecimento. Os discursos autoritários são apresentadas “verdades” como absolutas e imutáveis, pois não permitem o livre desenvolvimento do receptor, pois a formação discursiva é completamente persuasiva, não apresentando interesse de reagir, pelo refletir, impondo-se condições que levam a um exercício de dominação e manipulação totalmente opostos aos postulados de um Estado democrático de direito; portanto não pode ser admitido os abusos de poder que censuram o que não é a fim seus interesses pessoais ou ideologias, suprimindo os direitos e liberdades.

Embora o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, tal como foi exposto pela Corte Interamericana (2004) ele pode estar sujeito a restrições, a Convenção Americana, no seu artigo 13.2, estabelece a possibilidade de restrições à liberdade de expressão, quando existir exercício abusivo do direito; devendo-se limitar o mínimo necessário para garantir outros direitos, sempre e quando sejam cumpridos requisitos como a legalidade, proteção de outros direitos, sejam individuais ou de ordem pública, segurança, e deve apresentar-se a necessidade de garantir uma sociedade democrática.

É importante que no Estado brasileiro se sobreponha o discurso dialógico perspectivado por Ferraz, sobre o discurso autoritário pretendido pelo STF, devem-se estabelecer regras de reconhecimento mútuo e de respeito, pelo o que discursiva e pelo o que questiona; Braz (2017, p. 357) explica a partir do pensamento kantiano, que todos os juízos analíticos se fundamentam sobre o princípio da contradição; sendo precisamente na capacidade e liberdade de dizer ou contradizer que se materializa a verdadeira pluralidade como fundamento essencial para a garantia de todas as liberdades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso dialógico é um tema que deve despertar nosso interesse, pois, além de se fazer possível a materialização do valor fundante do Estado brasileiro como é a pluralidade, pode-se interpretar como uma função importante para o desenvolvimento do ser humano que pode agir e reagir garantindo suas liberdades e direitos, inserindo-se no mundo e mostrando através de sua capacidade de raciocínio argumentativo suas diferenças, ao tempo que apresenta-se como parte do mesmo Estado, por meio da espontaneidade própria.

O diálogo é um fenômeno humano que vai além dos signos, pois sua finalidade é a interação constante entre a ação e a reflexão, não devendo ser cerceado a capacidade e possibilidade de refletir. Ao máximo representante e guardas da constituição, como o STF, não lhe é admitido, pela própria força da constituição, interpretar direitos e liberdades afastando-se dos valores e princípios ali inseridos, como tampouco lhe é permitido deixar de estabelecer juízos analíticos de ponderação de direitos.

A censura da informação e de notícias de fatos publicamente conhecidos, de opiniões e questionamentos sobre o agir e discurso dos ministros do STF, instala dentro de um Estado democrático um autoritarismo, que pretende fazer uso do poder a eles conferidos para cercear direito de expressão e informação da sociedade brasileira, cegando realidades, e impedindo que as atuações no âmbito pessoal dos ministros sejam questionadas, sobretudo compromete a idoneidade da própria corte constitucional.

As *Fake News*, são notícias falsas, alheias ou contrária de toda realidade, que não admitem portanto um diálogo discursivo de reconhecimento e respeito, precisamente pela ônus da prova como é sua falsidade, a qual pode afetar as noções de realidade ou verdade, admitindo-se assim, a censura por atentar contra a garantia de outros direitos, situação que é bem distinta de notícias que baseadas em fatos reais forma uma opinião exteriorizando-a e admitindo que nessa opinião sejam feitos juízo de ponderação, e possibilitando que aquele fato noticiado ou opinião contrária a nosso interesse, pensamento ideológico, e possam ser questionados com a mesma liberdade.

O tema da *Fake News* precisa de uma especial atenção e regulamentação por parte do legislativo, não pode se considerar que com a regulamentação de proibição das *Fake News* existe risco de reprimir a liberdade de imprensa e facilitar às autoridades de impedir que jornalistas publiquem notícias que as desagradem; de forma contrária é necessário

que seja regulamentado o assunto a fim de prevenir interpretações errôneas e abertas por parte das autoridades, de notícias e opiniões que por não ser favoráveis aos interesses pessoais terminam denominando-as a sua própria concepção como *Fake News*, para ser censuradas, abolindo o direito de questionar, de reagir e emitir juízos racionais, como bem foi demonstrado recentemente pelo STF.

Os ministros do STF contrários a seus interesses pessoais devem estimular o pensamento analítico, crítico e reflexivo da sociedade brasileira com a finalidade de estabelecer uma dialética transdisciplinar que analise desde uma perspectiva histórica todas as concepções possíveis com olhar nas contradições e equilíbrio ético-normativo e jus filosófico, a dinâmica social deve atingir a capacidade de refletir e questionar, para se fazer possível que pelo discurso dialógico o direito seja construído, e reconstruído com base nos valores da pluralidade, justiça e igualdade.

REFERÊNCIAS

ABEL, Naranjo Villegas. **Filosofía del Derecho**. Quinta edición. Editorial Temis, S.A. 1992, Santa Fe de Bogotá.

AMARAL. Alberto do. **Decisão do STF coloca em risco a liberdade de expressão no Brasil**. Um olhar sobre o mundo. Atualidades - 23/04/2019. Por Sandra Capomaccio - Editorias: Atualidades, Rádio USP, Colunistas, Alberto do Amaral - URL Disponível em: <jornal.usp.br/?p=238942> Acesso 23.04.2019.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BITTAR. Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**/ Carlos Alberto Bittar. 8. Ed., ver., aum. E mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAZ, Luciano. **Filosofia do Direito**. Luciano Braz- 1.ed.- Curitiba: Editora Prismas. 2017.

CAVALCANTE. Alberto Rocha. **O projeto da modernidade em Habermas**/ Alberto Rocha Cavalcante. Prefácio Mario Lúcio Leitão Condé. – Londrina: Ed. UEL. 2001

CORREIA. Adriano. **“Pensar o que estamos fazendo”**. In: ARENDT, Hannah. A

Condição Humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Disponível em: < http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf > Acesso em: 15.04.2019.

CUNHA. Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**/ Sérgio Sérvulo da Cunha. - São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ Junior Tercio Sampaio, 1941- **Direito, Retorica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico** /Tercio Sampaio Ferraz Jr.- 2 ed.- São Paulo> Saraiva, 1997.

FIGLIETTO, Thissiane. **Retórica e argumentatio: uma disputa entre Mem de Sá e Cururupeba** / Thissiane Figlietto. Assis, 2005 170 f. il. p. 62 e 63.

GOMES, Luiz Roberto. **O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas Implicações para a educação** / Luiz Roberto Gomes. – Campinas, SP: [s.n.], 2005. Orientador: Pedro L. Goergen. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Martins Fontes, 2012.

PEDRA. Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusula pétreas na Democracia Participativa**/ Adriano Sant'Ana Pedra. - 4.ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TORRES. Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa. Vol.50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf > Acesso em: 24.04.2019

DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN BOLIVIA

MARÍA ISABEL ROJAS TICONA¹

INTRODUCCIÓN

El control político de constitucionalidad en Bolivia conforme a la doctrina procesal constitucional se identifica a partir de la primera Constitución Política del Estado de 1826 hasta la reforma de 1843 en el marco de un constitucionalismo liberal en un Estado monocultural. Con las reformas constitucionales realizadas a partir de la Constitución de 1851 hasta 1967 se tiene un control jurisdiccional difuso de constitucionalidad, en esta etapa se identifica el constitucionalismo social mediante la reforma constitucional de 1938 y se transforma a un Estado Social de Derecho. En la reforma de 1994 se establece el modelo jurisdiccional concentrado de constitucionalidad con la creación del Tribunal Constitucional en una etapa del constitucionalismo multiétnico y pluricultural. Por reforma de 2004 se establece la reforma de manera total la parte dogmática y orgánica, mediante la Asamblea Constituyente, el modelo concentrado de constitucionalidad continúa vigente con la característica de un constitucionalismo plurinacional en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

De la referida evolución procesal constitucional boliviana, en el modelo jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional tiene un efecto vinculante para todos los órganos del estado y de cumplimiento obligatorio. En ese entendido, el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad en Bolivia estableció que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo que, el máximo intérprete de la Constitución, aplica los estándares interamericanos desarrollados por la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1 Magister en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional – Universidad Andina Simón Bolívar, Licenciatura en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales – Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Becaria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Raoul Wallenberg, profesora investigadora - Universidad Andina Simón Bolívar.
marysabelrojas@gmail.com

avanzando hacia la construcción del denominado Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

1 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Bolivia nació de una vasta insurrección contra la monarquía española, que se desarrolló en el Alto Perú en el largo lapso de diez y seis años, desde mayo de 1809 hasta abril de 1825².

Después de la victoria de Ayacucho, obtenida por el general Antonio José de Sucre sobre el ejército realista del virrey José de la Serna, ascendido ya el primero a Gran Mariscal, recibió órdenes del libertador Simón Bolívar para trasladarse al Alto Perú con el fin de asegurar también en este territorio, la independencia.

[...] El mariscal Sucre dictó entonces el decreto de 9 de febrero de 1825 que declaraba que el ejército libertador colombiano al ingresar al Alto Perú tenía solamente el objeto de redimir a las provincias altas, dejándolas en posesión de sus derechos, no correspondiéndole intervenir en sus negocios domésticos, pero que era necesario que ellas dependieran de una organización que proveyera a su gobierno, ya que el ejército libertador no quería abandonarlas a la anarquía y el desorden³

En el contexto histórico – jurídico antes referido, el constitucionalismo boliviano remonta sus orígenes al Decreto del 9 de febrero de 1825, firmado por Antonio José de Sucre, el gran mariscal de Ayacucho, por el que se convocaba una asamblea de diputados de los pueblos integrantes de las llamadas provincias del Alto Perú que había de ser elegida el 25 de marzo. La Asamblea General se reunía en Chuquisaca, ciudad que pronto tomaría su actual nombre de Sucre, formulando la Declaración de Independencia, el 6 de agosto del mismo año, primer aniversario de la batalla de Junín. La Asamblea, que clausuró sus sesiones el 6 de octubre, fijó la fecha de 25 de mayo del siguiente año para la reunión del Congreso General Constituyente, instando a la par, al Libertador Bolívar, un Proyecto de Constitución. Bolívar, en Chuquisaca e inmediatamente antes de ingresar a Lima, expedía una bien conocida proclama, fechada de 1 de enero de 1826, en la que, entre otras afirmaciones, manifestaba: "recibiréis la Consti-

2 Alipio Valencia Vega, *Manual de Derecho Constitucional*, La Paz, Juventud, 1983, pág. 148.

3 *Ibidem*, pág. 151.

tución más liberal del mundo”. Y en efecto, desde la ciudad de Lima, el Libertador enviaba un famoso mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia, fechada el 25 de mayo, 1826⁴

La Asamblea Deliberante de 1825, que clausuró sus sesiones el 6 de octubre de ese año, dispuso para el 25 de mayo del venidero la reunión del Congreso General Constituyente y solicitó a Bolívar un proyecto de Constitución que fue remitido desde Lima en el mes de junio de 1826, acompañado de un grandioso mensaje denominado “Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia”. Mensaje y proyecto fueron objeto de estudio y dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales, compuesta por nueve convencionales, la que sugirió pocas enmiendas de detalle y una de fondo relativa a la religión⁵

2 - CONTROL POLÍTICO

La doctrina procesal constitucional, establece que la tradición de este sistema de control de constitucionalidad viene de la Francia revolucionaria, donde entre otros precedentes cabe colacionar la propuesta de un jurado de la Constitución “*jurie constitutionnaire*” proveniente de Sieyes, que tendría como misión juzgar las acusaciones a la Constitución y de declarar inconstitucionales los actos infractorios con el efecto de nulidad e invalidez. El antecedente pasó a la Constitución del año VIII en su senado conservador a la del año 1852 y a las de 1946 y vigente de 1958.

Se entiende por tal el que realiza un órgano que no ostenta categoría de tribunal. Al margen de ejemplos históricos como los del Soviet Supremo en el ámbito de la ex U.R.S.S. o el Consejo de la Revolución en Portugal entre los años 1976 y 1982, suele ubicarse a Francia como ejemplo de esta modalidad. En efecto, la integración de este Consejo sugiere un fuerte tinte político, en tanto que lo conforman nueve miembros, a razón de tres nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional, además de los ex presidentes de la República que son miembros por de-

4 Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción en Bolivia la Ley N° 1836, del Tribunal Constitucional*, Santa Cruz, El País, 2002. p. 7.

5 Ciro Felix Trigo, *Derecho Constitucional Boliviano*, La Paz, Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, Segunda Edición, 2003, pág. 129.

recho propio o vitalicio. (art. V de la República de 1958).⁶

La Constitución de 19 de noviembre de 1826 omite toda referencia a una cláusula de supremacía similar a la norteamericana de 1787 y menos aún, contempla potestad jurisdiccional alguna en orden a velar por la constitucionalidad de las leyes. En el referido mensaje fechado en Lima el 25 de mayo de 1826, el Libertador haría alguna observación en torno a la necesidad de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Pensó al efecto en un órgano político encaminado a velar por la salva guarda de la Constitución y ese órgano fue la tercera Cámara del Legislativo; la Cámara de Censores (Cámara que se situaba junto a la Cámara de Tribunales y a la Cámara de Senadores), que a juicio de Bolívar, tenía alguna semejanza con el Areópago de Atenas y los Censores de Roma. “Serán éstos (los censores) afirma Bolívar, los fiscales contra el gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión”. En definitiva el modelo político de control de constitucionalidad esbozado en Francia estaba en buena medida presente en el pensamiento bolivariano y de él pasaría a la Constitución de 1826.⁷

La Constitución Política de 1826, haciendo suya la idea bolivariana, acogía un Poder Legislativo tricameral, una de cuyas cámaras, la de Censores, asumía la facultad de “velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos”, acusando ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo hiciera de la Constitución, las leyes y los tratados públicos⁸. No contemplaba ninguna potestad jurisdiccional para velar por la constitucionalidad de las leyes ni una cláusula de supremacía constitucional⁹. La Cámara de Censores, jamás funcionó, con lo que el reconocimiento constitucional de un control político de constitucionalidad, al carecer de aplicación práctica, se redujo a un reconocimiento meramente formal¹⁰.

6 German Bidart Campos y Walter Carnota, *Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 126.

7 Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción en Bolivia la Ley N° 1836, del Tribunal Constitucional*, Santa Cruz, El País, 2002. p. 9.

8 *Idem*.

9 Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Bolivia. Ley No. 1836, del 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. UNAM, México, 2002, p. 1.

10 Jaime, Urcullo Reyes, *El control constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación*

Este contenido fue modificado parcialmente mediante la reforma constitucional de 1831, que suprimió la cámara de Censores, se creó el Consejo de Estado (art. 93 “habrá un consejo de estado compuesto por siete individuos, nombrados por el Congreso a pluralidad absoluta de votos, conforme a la atribución 3º del artículo 19”)¹¹, otorgándole entre otras, la función del control de constitucionalidad. (art. 98 “son atribuciones del Consejo de Estado. 3º velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentalmente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella”)¹²

Esta nueva Constitución no quiebra la tendencia anteriormente iniciada de control político, por cuanto el Consejo de Estado era un órgano compuesto por siete consejeros nombrados por el Congreso uno por cada departamento de la nación). Se trataba de un órgano de naturaleza política, que limitaba en este ámbito su función a la meramente informativa hacia el legislativo acerca de las supuestas violaciones constitucionales.¹³

La Constitución de 1839 no establecía ningún mecanismo de autodefensa y la subsiguiente norma fundamental, del año 1843, restableció el Consejo de Estado, bajo la nueva denominación de Consejo Nacional, si bien con una composición diferenciada (dos senadores, dos representantes, dos ministros de Estado, dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, un general de Ejército, un eclesiástico de dignidad y un jefe de alguna de las oficinas de Hacienda), encomendándole la función de velar sobre la observancia de la Constitución y trasladando al Poder Ejecutivo los informes convenientes en los casos de infracción.

En resumen, el control de la constitucionalidad en esta primera etapa del constitucionalismo boliviano aparece connotado por los rasgos propios de control político, en aquellas Constituciones que establecieron algún tipo de mecanismo de autotutela. La situación comenzará a cambiar de modo notable en los códigos constitucionales de 1851 y 1861.¹⁴

y jurisprudencia, en el colectivo: Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes, Lecturas Constitucionales Andinas, Núm. 4). Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 44-46.

11 Ciro Felix Trigo, *Las Constituciones de Bolivia*, 2º ed., La Paz, Atenea, 2003, p. 242.

12 *Ibidem.*, p. 243.

13 Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción en Bolivia la Ley N° 1836, del Tribunal Constitucional*, Ob. cit., p. 11.

14 *Ibidem.* p. 12.

3 - CONTROL JUDICIAL

Se denomina control jurisdiccional porque se trata de una función propia de los jueces: el examen de constitucionalidad incumbe a los tribunales en su función de administrar justicia. Este sistema jurisdiccional, judicial o judicial se desdobra en: a) cuando todos los jueces están habilitados para ejercer el control en la medida que dentro de un proceso judicial deban aplicar, para dictar sentencia, una norma o un acto que se reputan inconstitucionales, el sistema es *jurisdiccional difuso o descentralizado*; difuso porque, precisamente, está disperso en la competencia de todos y de cada uno de los magistrados de justicia; b) cuando se establece un solo órgano o tribunal con competencia exclusiva, por manera que ningún otro juez puede controlar la constitucionalidad, en cuyo caso el sistema es *jurisdiccional concentrado*; concentrado porque se centraliza y unifica esa función en la competencia de un órgano especialmente habilitado, ante el cual se plantean exclusiva y directamente las cuestiones de inconstitucionalidad o al cual se le son elevados los procesos judiciales donde se suscitan¹⁵.

3.1 - CONTROL JUDICIAL DIFUSO

La tradición del sistema judicial arranca del constitucionalismo norteamericano, que ha encomendado a los tribunales judiciales el control de constitucionalidad en la medida necesaria para fallar las causas cuya resolución se vincula con normas o actos acusados de inconstitucionalidad. El famoso “leading case”, de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en “Marbury vs. Madison” del año 1803 ha servido de base al sistema, que gira en torno de un prolijo razonamiento del juez Marshall. Estados Unidos ha sido así el país desde el cual difundió su ejemplaridad el sistema de control jurisdiccional a cargo de los tribunales (*sistema difuso*), que cobra relevancia cuando se radica en última instancia en la Corte Suprema federal, cuyo rol de verdadero detentador del poder político parece indiscutible. El marco procesal del juicio donde el control se verifica y donde, al dictarse la sentencia, se emite el pronunciamiento sobre la constitucionalidad, ha podido fundar sólidamente la opinión de que en el régimen norteamericano, y en los que le son afines, el examen de aquella constitucionalidad nace con

15 German Bidart Campos y Walter Carnota, *Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 117.

ocasión de una *litis*, cual difiere mucho o bastante de los sistemas donde, sin composición procesal de un juicio, se verifica el control por vía de consulta o de manera preventiva¹⁶

En el estudio del modelo difuso de constitucionalidad en Bolivia¹⁷, la Constitución Política del año 1851, promulgada por el Presidente Manuel Isidoro Belzu, que encabezó un gobierno de tinte populista a favor de los campesinos de Bolivia, en la parte intitulada del Poder Judicial, en el art. 82, se introdujo el sistema de control jurisdiccional difuso, en la siguiente forma: “ Art. 82. El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y la leyes con preferencia a otras resoluciones”. Nótese que este artículo se refiere a tres temas: organización del Poder Judicial, competencia para *aplicar* la Constitución, y supremacía de las leyes constitucionales.

En 1851 existía un total desconocimiento en el país acerca del rol instrumental del juicio de inconstitucionalidad, respecto de los mecanismos procesales dirigidos a la obtención de la tutela y operatividad de la Constitución.¹⁸

Sobre el control judicial difuso en Bolivia¹⁹, mediante la reforma de 1851 se formula expresamente el principio de jerarquía normativa, y siguiendo el modelo de control de constitucionalidad de los Estados Unidos, se atribuye a los órganos judiciales la competencia de hacer prevalecer la Constitución. De acuerdo a lo estipulado en el art. 82 de la Constitución.

En las constituciones siguientes las de 1861, 1868, 1871, 1878 y 1880 (la que más larga duración en Bolivia), 1938, 1945 y 1961, se traslada esta disposición a la sección intitulada “De la Reforma de la Constitución”, y se adopta la siguiente redacción: “Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. O sea que se amplía la competencia para aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y resoluciones a “las au-

16 Ídem.

17 Jaime Urcullo Reyes, *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Kipus, 2003, p. 82.

18 Hugo Galindo Decker, *Tribunal Constitucional*, La Paz, Editorial Jurídica Zegada, 1994, p. 27.

19 Jorge Asbún Rojas, *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Santa Cruz, El País, 2002, p. 90

toridades”, sin especificar qué tipo de autoridades, las cuales pueden ser también administrativas. Así el control se hace más difuso aún.²⁰

En la Constitución de 1967 se traslada esta disposición a parte cuarta intitulada “Primacía de la Constitución”, que establece en su art. 228: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. En ese entendimiento jurídico, se mantiene la supremacía de las leyes constitucionales y la competencia de las autoridades para aplicar preferentemente esas leyes, sin indicar en qué clase de proceso.

El año 1975 marcaría un hito importante con la aprobación del Decreto Ley número 12760, del Código de Procedimiento Civil, que entraría en vigor el 2 de abril del siguiente año. Esta norma legal regulaba la atribución constitucionalmente conferida a la Corte Suprema, para controlar la constitucionalidad de las leyes, decretos resoluciones reglamentado en el Título VII de su Libro IV (Título referente a los procesos y recursos previstos por la Constitución Política del Estado) el llamado “proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad”, aquí ubicamos también, entre otros varios, el proceso de “hábeas corpus”, el de amparo constitucional, el recurso directo de nulidad el proceso contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus cámaras y el recurso contra impuestos ilegales. Al tenor del art. 754 del citado Código, toda persona que se creyera agraviada por los efectos de una ley, decreto o cualquier género de resolución, podía recurrir ante la Corte Suprema demandando se declarara la inaplicabilidad de aquellas disposiciones por inconstitucionales y exigir la restauración de sus derechos. La demanda se había de dirigir contra la persona, natural o jurídica, que se ampare o pretendiere ampararse o aprovecharse de la ley, decreto o resolución tachados de constitucionales, o contra la autoridad que les hubiera dado cumplimiento o pretendiera ejecutarlos. La sentencia que declare probada la demanda no podía anular, revocar o modificar la disposición tachada de inconstitucional, concretándose tan sólo a tenor del párrafo segundo del propio precepto, a declarar su inaplicabilidad al caso particular y concreto debatido.²¹

La práctica judicial, revela una tímida aplicación de las normas constitucionales que reconocían a esta competencia de la Corte Suprema, cuya primera jurisprudencia fue vacilante y contradictoria, tal y como

20 Jaime Urcullo Reyes, *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Ob. Cit., p. 82.

21 Francisco Fernandez Segado, *La Jurisdicción en Bolivia la Ley N° 1836, del Tribunal Constitucional*, Ob. cit., p. 16.

si la Corte no entendiera el alcance de esta institución del control de la constitucionalidad ni se decidiera a definirse al respecto. Por otro lado, de la Corte no ha emanado una jurisprudencia uniforme, revelándose en muchos fallos una gran copiosidad y unas interpretaciones caprichosas cuando no, lisa y llanamente, simplemente arbitrarias, guiadas en buen número de casos por el afecto o desafecto político al poder en turno. Así las cosas, la Corte Suprema se desacreditó, acreditó y deslegitimó por sí sola, para asumir con un mínimo de dignidad y decoro la trascendente función de controlar la constitucionalidad de las leyes, así como las resoluciones de carácter general.²²

El poco efecto que tuvo en el ordenamiento boliviano la existencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta explicable desde una perspectiva jurídica y cultural. Entre las primeras esta la competencia exclusiva que tenía la Corte Suprema de Justicia para conocer la inaplicabilidad, mientras que en el modelo estadounidense que le da origen, justamente atendiendo al hecho de que el resultado del fallo hará que la norma sea inaplicable al caso concreto, esta competencia está reconocida a favor de todos los jueces; por otro lado, la ausencia en Bolivia del valor vinculante del precedente jurisprudencial que existe en Estados Unidos, desvalorizó este recurso, ya que la Corte Suprema Boliviana además de concluir la inaplicabilidad de una norma a un caso concreto, requería contar con varias sentencias en el mismo sentido para que tengan al menos carácter orientador en el ámbito judicial, paradójicamente también ocurría que ante otra impugnación al tener que analizarse el caso concreto que daba origen al recurso, la Corte Suprema concluía con una sentencia diferente y en consecuencia el precedente judicial era contradictorio.²³

En realidad, en Bolivia siguiendo la experiencia cultural francesa y éste es otro elemento clave, los jueces no actuaban como garantes de la Constitución, sino que a partir de un entendimiento incomprensible de la división de poderes sólo se consideraban aplicadores de la ley y no así de la Constitución. Sumado a ello, si se recuerda la vigencia recurrente de gobiernos autoritarios que solían disolver el Congreso y mantener una actitud amenazante sobre la Corte Suprema, quizás se explica el poco desarrollo de ésta atribución judicial.²⁴

22 Jaime Urcullo Reyes, *El Control constitucional de Bolivia antes de 1994. legislación y jurisprudencia, una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes* (Lecturas Constitucionales Andinas, núm. 4), Lima, pp. 67 y 68.

23 Jorge Asbún Rojas, *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Ob. Cit., p. 92.

24 *Ibidem*. p. 92.

Ciertamente los elementos que pueden considerarse claves en el modelo de control difuso de constitucionalidad, estuvieron ausentes en el caso boliviano y si bien el modelo fue adoptado en la concepción estadounidense, las diferencias ya referidas sugieren calificarlo como atípico. En resumen, la existencia de la declaración de supremacía constitucional, el reconocimiento del carácter directamente aplicable de la Constitución, la incorporación del recurso de inaplicabilidad como competencia exclusiva de la Corte Suprema, no fueron suficientes para que ésta ejercite efectivamente el control de constitucionalidad jurisdiccional, de modo que dicha competencia existía sólo formalmente en ordenamiento jurídico boliviano.²⁵

3.2 - CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

El modelo jurisdiccional Difuso, experimentó una variante significativa con la creación del Tribunal constitucional checoslovaco (Constitución de 1920) y el Alto Tribunal constitucional austriaco de Kelsen (Constitución también de 1920). La idea de una jurisdicción especializada, que recibirá el nombre de procesal constitucional de “control concentrado”, se vio acrecentada con el Tribunal de Garantías Constitucionales de la España republicana, en virtud del texto progresista de 1931 y hasta la instauración del franquismo. Con posterioridad a la II Guerra Mundial, se consolidó la Corte Constitucional italiana den 1948 (en virtud de la Constitución del año anterior, y sobre todo a partir de 1956), el Tribunal constitucional federal alemán (por la Ley fundamental de Bonn de 1949), el Tribunal constitucional turco en 1961 (por la Constitución de 1960), la Corte Constitucional yugoslava (1963), el Tribunal Constitucional Chile establecido en 1970, el Tribunal Constitucional español (Constitución de 1978), el Tribunal de Garantías Constitucionales peruano instaurado por la derogada Constitución de 1979, y el portugués (Constitución 1976, revisada en el punto por la reforma de 1982). En Europa Oriental: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991). Así como en Colombia (por la Constitución de 1991), Andorra (por la Constitución de 1993), Sudáfrica (luego de la Constitución interina de 1993), Perú (que renace en la Constitución de 1993), entre otro países.

El modelo concentrado de constitucionalidad, es la otra gran subdivisión del tipo judicial, a este modelo también se lo denomina europeo por su ámbito de inicio y primigenio de irradiación, en efec-

25 Ídem. p. 92.

to, se origina en Europa Central (Checoslovaquia y Austria) en el año 1920, resultando su inspirador, en el segundo de los países referidos, Hans Kelsen, quién era profesor derecho público y de filosofía del derecho en la Universidad de Viena²⁶.

Al sintetizar las ideas de Kelsen²⁷ sobre el control de constitucionalidad de las leyes, tenemos:

– Kelsen creía que los tribunales constitucionales eran órganos del todo diferentes a los tribunales ordinarios, y que realizaban una función diversa a la judicial. Los tribunales constitucionales debían exclusivamente confrontar dos normas vigentes, la Constitución y la ley, y mediante el juicio de constitucionalidad respectivo, manifestar si la ley estaba conforme o disconforme con la Constitución. La confrontación entre Constitución y ley que efectuaban estos tribunales, al contrario de los tribunales ordinarios, se realizaba de manera abstracta y sin la existencia de un caso o hecho concreto. Kelsen sostenía que todo esto era parte de la función de creación del derecho.

– Estos órganos especiales, “legisladores negativos”, debían estar integrados por personas especialmente nombradas para tal efecto, sin recurrir a los miembros del Poder Judicial, aunque las tareas de estos jueces especiales en los tribunales constitucionales, según Kelsen, fueran preferentemente jurídicas.

– La sentencia de incompatibilidad pronunciada en un proceso de esta naturaleza sólo debía producir efectos desde el instante de su declaración debido a la idea de que el Parlamento actúa, en principio, de manera constitucional y hacía adelante (anulabilidad llamó), por oposición a la nulidad, que produce efectos retroactivos. Con ello, no se afectaban las situaciones jurídicas constituidas en el tiempo intermedio. Esta sentencia, además, debía producir efectos *erga omnes*, expulsando del sistema jurídico las normas contrarias a la Constitución, sin que por ello, se transforme como criticaba Schmitt en legislador positivo.

– Consecuentemente con esta idea de la función creadora que cumplirían los jueces ordinarios la labor de revisión de la constitucionalidad de la ley y entregársela a un órgano que concentre estas tareas, integrado por miembros elegidos por los órganos políticos más fuertes del sistema. Para Kelsen, la figura de los tri-

26 Ibidem, p. 123.

27 Gastón Gómez Bernales, *El Control de constitucionalidad y el Tribunal constitucional de 1980*, Santiago de Chile, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 31 -Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, 1996, p. 89.

bunales concentrados que a diferencia de la jurisdicción ordinaria conocen de toda discusión acerca de la constitucionalidad de la ley, evita que los jueces ordinarios se pronuncien acerca de la consistencia de esta norma y entrega por medio de la cuestión de constitucionalidad, el juicio de conformidad a “jueces” nombrados ex profeso para esa función.

En Bolivia mediante la reforma de 1994 incorporó a la Constitución a partir del artículo 116 y siguientes el modelo de control concentrado de constitucionalidad, se encargó al Tribunal Constitucional por el artículo 119, el control de la constitucionalidad de las normas, tutela o defensa de los derechos fundamentales, resolución de los conflictos de competencias interorgánicas y demandas respecto a procedimientos de reforma constitucional.²⁸

A partir de esta reforma, se instituye históricamente un nuevo ciclo sobre el control de constitucionalidad, bajo el principio de la supremacía constitucional. El sistema adoptado desde entonces corresponde un modelo de control concentrado en sentido primario que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, coexiste con el control difuso de constitucionalidad. El control concentrado está claramente formulado en las atribuciones del Tribunal Constitucional, previstas en el art. 120 de la Constitución Política del Estado. Sin embargo, existen algunas atribuciones que tiene la Corte Suprema de Justicia que hacen pensar en un tipo de control difuso de constitucionalidad, fundamentalmente por vía de la aplicación preferente de la Constitución, respecto a las demás normas jurídicas, que deben hacer los jueces y tribunales, en el espíritu de lo previsto por el art. 228 de la Constitución, que norma lo que en doctrina se conoce como la pirámide jurídica de Kelsen o Austin.²⁹

3.3 - CONTROL CONCENTRADO PLURAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Mediante reforma constitucional de 2004, se estableció que la Asamblea Constituyente tiene atribuciones de modificar de manera total la Constitución boliviana. En ese sentido, la Ley de Convocatoria de la Asamblea Constituyente de 2006 y Reglamento General Interno de la Asamblea de 6 de marzo de 2006³⁰, dispuso en su art. 3 que la Asamblea Constituyente es

28 Jorge Asbún Rojas, *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Ob. Cit., p. 94.

29 2003, p. 102.

30 Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Academia de Estudios Constitucionales, *Las Constituciones Políticas de Bolivia 1826 – 2009*, Sucre, 2018, pág. 531.

independiente y ejerce la soberanía del pueblo. No depende ni está sometida a los poderes constituidos y tiene como una finalidad la reforma total de la Constitución Política del Estado. Por su parte el Reglamento General de la Asamblea Constituyente en el art. 1 establecía que la Asamblea Constituyente es Originaria, porque radica en la voluntad de cambio del pueblo como titular de la soberanía de la nación. La Asamblea Constituyente es un acontecimiento político extraordinario, emerge de la crisis del Estado, deviene de las luchas sociales y se instala por mandato popular. La Asamblea Constituyente convocada por Ley 3364 de 6 de marzo de 2006, es unitaria, indivisible y, es la expresión de la democracia. Se encuentra legítimamente por encima del poder constituido. La Asamblea Constituyente tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional y tiene como mandato transformar y construir un nuevo Estado boliviano. En relación con los poderes constituidos, es el poder constituyente es la vanguardia del proceso democrático, depositario del mandato social para transformar y construir el nuevo estado boliviano. Por las características el proceso constituyente boliviano, la Asamblea Constituyente no interfiere en el normal funcionamiento de los actuales poderes constituidos, hasta la aprobación del nuevo texto constitucional y el nuevo mapa institucional. Este nuevo texto constitucional será sometido para su aprobación a un Referéndum del pueblo boliviano. Desde el momento de su aprobación se hará efectivo el mandato del nuevo texto constitucional y la construcción del nuevo estado boliviano.

3.4 - JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, PLURINACIONAL Y CONVENCIONAL EN BOLIVIA

La jurisprudencia constitucional respecto a la refundación del Estado, el diseño del modelo de Estado y su configuración orgánica, por SC 1227/ 2012 de 7 de setiembre dentro de un proceso constitucional de Conflicto de Competencias Jurisdiccionales, estableció:

El Estado Plurinacional de Bolivia, fue refundado a partir de la Constitución aprobada por Referendo Constitucional de 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero del mismo año. A partir de esta reforma constitucional de 2009, se refunda un nuevo modelo de Estado, el cual se diseña a partir del “pluralismo” como elemento estructurante del Estado; en ese orden, la cláusula estructural de la Constitución plasmada en su art. 1, en armonía con el preámbulo de ésta Norma Suprema y en estricta concordancia con el principio de “libre determinación” plasma-

da en el art. 2 del texto constitucional, consolida, bajo criterios de intercul[t]uralidad y complementariedad, el pluralismo como el eje esencial de la reforma constitucional.

(...) pluralismo y la interculturalidad, constituyen los elementos de refundación del Estado Plurinacional de Bolivia, en mérito de los cuales, el Valor Axiomático de la Constitución, adquiere un matiz particular, ya que las directrices principistas y los valores plurales supremos en el Estado Plurinacional de Bolivia, irradian de contenido a todos los actos infraconstitucionales.

(...) de acuerdo a postulados propios de teoría constitucional, es menester señalar que esta Constitución axiomática, como Norma Suprema del Estado, tiene dos partes esenciales: 1) La parte dogmática; y, 2) La parte orgánica de la Constitución. La parte dogmática de la Constitución, plasma los valores supremos; principios rectores; derechos fundamentales y garantías normativas, jurisdiccionales y de defensa. Asimismo, la parte orgánica de la Constitución, estructura como ya se dijo precedentemente la ingeniería institucional que en el Estado Plurinacional de Bolivia, deberá responder al pluralismo, la interculturalidad y a los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho.

En ese mismo entendimiento, por SCP 2143/2012 de 8 de noviembre, dentro a la acción de inconstitucionalidad abstracta, en el FJF, III.1 estableció:

Precisamente, en la parte orgánica de la Constitución, se disciplina al Tribunal Constitucional Plurinacional, como el último y máximo guardián del Bloque de Constitucionalidad y de los derechos fundamentales, con roles destinados a la materialización de la Constitución Axiomática a través del ejercicio plural del control de constitucionalidad, consolidando el mandato constitucional, la vigencia de un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad. En efecto, para el desarrollo del sistema jurisdiccional concentrado y plural de constitucionalidad, encargado de materializar la constitución axiomática, debe establecerse que la teoría constitucional, ha sistematizado dos grandes modelos de control de constitucionalidad: 1) El Sistema de Control Político de Constitucionalidad; y, 2) el Sistema Jurisdiccional de Control de Constitucionalidad.

El Sistema Político de Control de Constitucionalidad, encomienda el resguardo de la Constitución ya sea al Órgano Legislativo o al Órgano Ejecutivo; así, Bolivia en su primera Constitución aprobada en 1826, adopta este mecanismo de control de constitucionalidad, ya que la tutela de la Constitución fue encomendada a la

Cámara de Censores. Actualmente pocos países mantienen este sistema de control de constitucionalidad, entre ellos, puede destacarse el caso de Cuba, Suiza y Suecia.

Por su parte, el Sistema Jurisdiccional de Control de Constitucionalidad, tiene a su vez tres modalidades específicas: i) El Sistema Jurisdiccional Difuso de Control de Constitucionalidad; ii) El Sistema Jurisdiccional Concentrado de Control de Constitucionalidad; y, iii) El Sistema Mixto de Control de Constitucionalidad.

El sistema Difuso de Control de Constitucionalidad, tiene génesis en Estados Unidos en el conocido caso “Marbury vs. Madison”, a partir del cual la Suprema Corte de este Estado Federal, encomendó el cuidado de la Constitución a todos los Jueces y además una vez verificada la incompatibilidad de una norma con la Constitución, en mérito a esta concepción, aquella se inaplica al caso concreto, siendo obligatorio para todos los casos análogos ulteriores, el precedente judicial vinculante.

En un contexto contemporáneo, Estados Unidos mantiene este mecanismo de control de constitucionalidad; asimismo, en Latinoamérica, solamente Argentina adopta un Sistema Difuso de Control de Constitucionalidad.

La teoría constitucional, desarrolla también el Sistema Jurisdiccional Concentrado de Control de Constitucionalidad, mediante el cual, el cuidado de la Constitución, se encuentra encomendado a un Órgano con roles jurisdiccionales y con la característica de su imparcialidad, independencia y especialidad en lo que se refiere a justicia constitucional, bajo esta visión, en un análisis comparado, se crea verbigracia la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Constitucional Colombiana o el Tribunal Constitucional en Perú.

De la misma forma, la teoría constitucional, dentro de este Sistema Jurisdiccional de Control de Constitucionalidad, ha desarrollado el modelo mixto de control de constitucionalidad, el cual se caracteriza por ser un control difuso en razón al órgano que ejerce el control de constitucionalidad; empero, los roles del control de constitucionalidad, son equiparados a aquellos asignados a un control concentrado de constitucionalidad, en esta perspectiva y en un análisis comparado, se establece que Costa Rica y Venezuela adoptan este sistema de control de Constitucionalidad, ya que el ejercicio del control de constitucionalidad en última instancia, se encuentra encomendado a sus Cortes Supremas, quienes realizan tutela constitucional a través de salas especializadas en justicia constitucional.

Ahora bien, Bolivia, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, adoptó un sistema preminentemente concentrado de control de Constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional, el cual, ejerció roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad.

En efecto, el ejercicio del control de constitucionalidad, fue desarrollado orgánica y competencialmente por la Ley 1836 de 1 de abril de 1998, denominada Ley del Tribunal Constitucional.

Luego de la reforma constitucional de 2009, el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural y electos por sufragio popular.

En el marco de lo señalado, se establece que el Control Plural de Constitucionalidad, cuya máxima instancia está encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce todos los roles jurisprudenciales disciplinados en la parte orgánica de la Constitución, de manera específica en el art. 202.1 de la CPE, concordante con el art. 196. I de la Norma Suprema, por tanto, al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucionalidad, se colige que en el Estado Plurinacional de Bolivia, impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de constitucionalidad, instancia a la cual la Función Constituyente encomendó tanto el cuidado del Bloque de Constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva.

Ahora bien, en el marco de la ingeniería orgánica diseñada por la Función Constituyente para el sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad, en un análisis sistémico de su estructura orgánica, se tiene que esta instancia, tiene dos brazos específicos de ejercicio de control de constitucionalidad: a) El control preventivo de constitucionalidad; y, b) El control posterior o reparador de constitucionalidad. El control preventivo de constitucionalidad, tiene la finalidad de activar los roles de control de la eficacia del bloque de constitucionalidad y de derechos fundamentales de manera previa a la vigencia de cualquier norma de carácter general, en base a esta teleología, el art. 202.7 de la CPE, disciplina las consultas de la Presidenta o Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley,

atribución que se encuentra enmarcada en el ámbito del control preventivo de constitucionalidad.

De la misma forma, el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, de acuerdo a la atribución inserta en el art. 202.9 de la CPE, se encuentra también dentro de este ámbito de control de constitucionalidad, roles que serán conocidos y resueltos por el Pleno del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia cuya decisión será obligatoria.

Asimismo, en el marco del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, la atribución disciplinada por el art. 202.8 de la CPE, referente a las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto, que de acuerdo al art. 32 de la LTCP, serán conocidas por la Sala Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional, se enmarca en el ámbito del control preventivo de constitucionalidad.

Por su parte, el ejercicio del control jurisdiccional plural y concentrado de constitucionalidad, se desarrolla también en el ámbito posterior o reparador, en ese orden, esta faceta, a su vez, está compuesta de tres tipos específicos de control: 1) El control normativo de constitucionalidad; 2) El control competencial de constitucionalidad; y, 3) El control tutelar de constitucionalidad.

El control normativo de constitucionalidad, que se activa a través de las acciones de inconstitucionalidad con carácter abstracto y concreto, así como mediante el recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución, atribución reconocida por el art. 202.4 de la CPE, tiene la finalidad de verificar que toda norma de carácter general, sea coherente y responda en su contenido al bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, por lo que en caso de verificar una vulneración a este, una vez activado el control normativo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional, declarará la inconstitucionalidad total o parcial de la norma, decisión que tendrá efectos abrogatorios o derogatorios de acuerdo al caso.

Por su parte, el control competencial de constitucionalidad, resguarda la garantía institucional de la competencia, por tanto, su activación responde a tres mecanismos constitucionales expresos: i) Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público (art. 202.2 de la CPE); ii) Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas (art. 202.3); y, iii) Los

conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental (art. 202.11). Asimismo, en este ámbito de control de constitucionalidad, se encuentra también el Recurso Directo de Nulidad, disciplinado en el art. 202.12 de la CPE.

Finalmente, debe señalarse que dentro del control reparador de constitucionalidad, se encuentra el control tutelar de constitucionalidad, el cual se activa a través de las acciones de defensa disciplinadas en la Constitución, las cuales son: la acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento y acción popular, las cuales, de acuerdo a la atribución inserta en el art. 202.6 de la CPE, en revisión son resueltas por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Respecto a la doctrina del Control de Convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional mediante SCP 1617/2013³¹ de 4 de octubre dentro del proceso constitucional de amparo constitucional, en el FJF III.1 estableció:

(...) los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro persona (pro homine) y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Constitución o en las normas del bloque de constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de -ejerciendo el control de convencionalidad- interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificado o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

31 Entendimiento que fue confirmado en el FJF III.3 de la SCP 0006/2016 de 14 de enero dentro de una acción de inconstitucionalidad concreta.

Un hito importante dentro del constitucionalismo boliviano está establecido en la SC 0110/2010-R de 10 dentro de un Recurso de Amparo Constitucional, que en el FJF III.3 determinó:

Luego de la sangrienta lección histórica que dejó el “La Segunda Guerra Mundial” en Europa, en el plano internacional surgió la necesidad de resguardar Derechos Humanos a través de mecanismos supranacionales que de manera continua y efectiva subordinen en cuanto a sus decisiones y control tanto a regímenes legales internos y actos de autoridad que puedan afectar estos derechos, concepción que cimentó las bases de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, rama dentro de la cual, se diseñaron tres sistemas de protección específicos de Derechos Humanos: El Europeo; el Interamericano y el Africano.

A la luz del caso de autos, es imperante estudiar los fundamentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a cuyo efecto, en principio, debe señalarse que éste es un conjunto de herramientas normativas y jurisdiccionales cuyo diseño cohesiona armoniosamente la dogmática y esencia de derechos considerados inherentes al ser humano por su naturaleza óptica, con instituciones cuya activación garantizan un respeto efectivo de estos derechos. En mérito a lo expuesto, se tiene que la sistematicidad del mismo, hace que el contenido de sus herramientas normativas y las decisiones emanadas de sus mecanismos institucionales, se enraícen de tal manera en el orden interno de los países miembros, que sus postulados no solamente forman parte de este precepto, sino que se constituyen en informadores del régimen interno, el cual, se sujeta y subordina en cuanto a su contenido a éste, armonizándose de esta manera el orden nacional con el orden supranacional de los Derechos Humanos, siendo por tanto esta “sistematicidad” el fundamento y la razón de ser de esta ingeniería supranacional destinada a la protección real y efectiva de Derechos Humanos.

En mérito a lo expuesto, se tiene que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los

Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infraconstitucional vigente.

Asimismo, otra razón para sustentar, en el orden interno, la jerarquía constitucional de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre Derechos Humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte Interamericana. En efecto, las Sentencias emitidas luego de una constatación de vulneración a Derechos Humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el

estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables.

Desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, responde a un principio esencial que sustenta el propio Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el de “buena fe”, llamado también “pacta sunt servanda”, en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los estados miembros de este sistema, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir esta responsabilidad internacional.

Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las Sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infraconstitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.

4 - CONCLUSIONES

Del estudio de los modelos de control de constitucionalidad en Bolivia, el que tiene mayor impacto respecto en la protección de derechos fundamentales en el -acceso a la justicia-, es el modelo concentrado de constitucionalidad a partir de la reforma constitucional de 1994. Por el que, se crea un órgano encargado de velar por la supremacía de la Constitución, es el intérprete final de la Constitución y sus resoluciones son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio para los órganos del Estado.

El 2009 se aprueba la nueva Constitución después de un proceso constituyente dispuesto en la reforma de 2004. En esta nueva etapa del constitucionalismo boliviano, la jurisprudencia constitucional plural interpretó el nuevo modelo de Estado, los principios y valores constitucio-

nales, el nuevo modelo de control de constitucionalidad, en el bloque de constitucionalidad dispuesto en el art. 410 de la Constitución se incorpora la -jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-. De igual manera se establece la aplicación del control de convencionalidad conforme al corpus iuris interamericano evolucionando el modelo de Estado hacia el modelo de Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

De igual manera, frente al incumplimiento del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, se genera la -responsabilidad internacional del Estado- tanto en el Sistema Universal de protección de Derechos y en el Sistema Interamericano.

El Estado Plurinacional de Bolivia al ser parte del Sistema Interamericano es responsable internacionalmente frente al incumplimiento del corpus iuris interamericano en la protección de derechos humanos.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: UM RECORTE DA APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BÁRBARA GUERRA CHALA¹
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO²

1 - INTRODUÇÃO

Os seres humanos acabam naturalmente, ao longo da vida, esquecendo as suas memórias, informações e experiências, em razão da sua capacidade biológica de armazenamento de dados ou em decorrência da deterioração de sua memória que ocorre ao longo do seu envelhecimento, motivo pelo qual sempre se convencionou tratar a lembrança a momentos passados “como um ato que sofreria – fatalmente – inúmeras limitações (quantitativas, qualitativas, temporais), de modo que: se esquecer é a regra, lembrar é a exceção” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 19). Todavia, com a desenfreada expansão tecnológica da sociedade contemporânea, foram (e continuam sendo) criadas máquinas e tecnologias cada vez mais sofisticadas que permitem um maior armazenamento de informações e, por via de consequência, o “não esquecimento” destas.

Houve, então, uma gradual mudança de paradigma, a partir da qual chega-o fatal momento em que, nesse novo ambiente hipercomunicativo, a lembrança é a regra e o esquecimento é a exceção, tornando-se improvável, no contexto virtual, o perecimento de alguma informação, “porquanto os motores de busca conhecem mais sobre nós do que nós mesmos” (COSTA, 2013, p. 188) e criam um banco de dados inigualável acerca da identidade de todos os partícipes da comunidade. Surge, então, o fenômeno do “não esquecimento” e a necessidade de analisar e encontrar soluções para as controvérsias geradas por ele no âmbito jurídico da sociedade de informação.

Nesse contexto, mostra-se necessário analisar a evolução da doutrina do direito ao esquecimento no Brasil e de que modo o Superior

1 Mestranda (PPGD/FMP). Pós-Graduação Lato Sensu PUCRS - Especialização. Integrante do Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Argumentação” do PPGD/FMP. Assessora Jurídica do TJRS. E-mail: barbaragchala@gmail.com.

2 Doutor em Direito (UFRGS). Professor coordenador do PPGD/FMP. Professor Titular da Faculdade de Direito da FMP. Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgaviao@hotmail.com.

Tribunal de Justiça tem se posicionado nos casos em que evidenciado o conflito entre direitos comunicativos em face de direitos de personalidade, ao efeito de levantar indagações sobre a temática e buscar auxiliar na adequada ponderação dos direitos fundamentais em confronto.

Destarte, no presente trabalho será realizada, inicialmente, uma abordagem acerca dos traços gerais do direito ao esquecimento, notadamente por meio da análise do conflito entre os direitos comunicativos e os direitos de personalidade.

Na sequência, demonstrar-se-á o teste da proporcionalidade como principal instrumento metodológico de enfrentamento dos conflitos entre direitos fundamentais. Ato contínuo, serão examinados casos brasileiros em que o direito ao esquecimento ganhou notoriedade no espaço público, em decorrência de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, objetiva-se verificar de que modo tem sido recepcionado o direito ao esquecimento no âmbito brasileiro, notadamente na esfera do Superior Tribunal de Justiça.

2 - CONTORNOS GERAIS ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Não há um consenso doutrinário sobre qual foi o primeiro caso no âmbito internacional em que o direito ao esquecimento se tornou objeto específico de discussão no plano jurídico e começou a ser analisado, nos moldes aqui propostos, propriamente como um direito³. Entretanto, é evidente que tal discussão é bastante recente e ainda está em fase de sedimentação estrutural, embora a sua denominação já seja amplamente aceita⁴.

A ideia central que norteia o novel instituto jurídico está conectada “com o fundamento de não obrigar ninguém a uma “lembrança permanente” do seu passado, em razão das novas tecnologias de processamento e de armazenamento de dados informatizados” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 65). Dessa forma, o direito ao esquecimento está ligado à pretensão das pessoas de impedir a divulgação, de apagar,

3 Não se desconhece que no difundido caso Lebach, por exemplo, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, já se verifica uma discussão atinente ao que hoje denominados de direito ao esquecimento, entretanto, à época, tal direito ainda não era invocado desta forma (Ver BVerfGE 35, 202; SCHWABE, 2005, p. 486-494).

4 Em inglês “right to be forgotten”, em espanhol “derecho al olvido”, em francês “droit à l’oubli”, em italiano “diritto all’oblio” e, em alemão “recht auf vergessenwerden”.

de obstar ou, ainda, de dificultar o acesso a informações que lhes dizem respeito, notadamente no âmbito digital.

O direito ao esquecimento, portanto, abriga e traz à tona a tensão entre os direitos comunicativos de divulgar e ter acesso a informações e os direitos ligados à personalidade da pessoa (física ou jurídica) que quer obstar ou vedar a exposição pública de algum aspecto, fato ou circunstância relativa à sua existência.

No Brasil, não há positivação constitucional do direito ao esquecimento, entretanto entende-se que este direito está ancorado e “encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões” (SARLET, 2015).

Ademais, merece referência o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizado nos dias 11 e 12 de março de 2013, que dispõe: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”. Muito embora não tenha caráter vinculante, já demonstra a proteção do direito ao esquecimento no âmbito jurídico brasileiro, amparada na dignidade da pessoa humana.

Estas as razões dadas para justificar a formulação de que o direito ao esquecimento é uma das posições fundamentais jurídicas da dignidade da pessoa humana:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Verifica-se, outrossim, na Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em seu artigo 7º, inciso X, que restou expressamente assegurada a possibilidade de postulação da exclusão definitiva de dados pessoais, nos seguintes termos:

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei.

Não se desconhece também que, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a qual começará a vigor em 2020, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, interferindo no direito ao esquecimento.

Entretanto, mesmo o advento das mencionadas legislações esparsas, principalmente da Lei Geral de Proteção de Dados, que amplia a proteção aos direitos de personalidade ao trazer inovações quanto à salvaguarda de dados, fortalecendo a possibilidade de reconhecimento do direito ao esquecimento, ainda não existem parâmetros plenamente fixados no que tange a este, sendo que a sua aplicação ainda é obscura e pouco explorada no país, motivo pelo qual se mostra necessária uma acurada investigação, ao efeito de buscar uma padronização e fortalecer a doutrina do direito ao esquecimento.

Isso porque, de um lado do conflito entre direitos fundamentais subjacentes ao direito ao esquecimento, residem os direitos ligados à personalidade humana, que se ramificam no direito à imagem, ao bom nome, à honra, à identidade e à intimidade. Esses direitos encontram direta vinculação com a dignidade humana que restou consagrada pela Constituição Federal vigente logo em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituindo a base do seu eixo personalista e sendo considerada instrumento realizador do ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

Assim sendo, a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana foi elevada ao patamar de fundamento da república, o Estado passou, de acordo com SARLET (2010, p. 76): “a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”, andando em conjunto com os demais direitos ligados à personalidade, que devem ser resguardados de forma efetiva pelo Estado aos indivíduos.

Do outro lado da controvérsia, residem os direitos comunicativos, isto é, o direito à liberdade de expressão, de comunicação e de infor-

mação que, como medida de reação às arbitrariedades perpetradas por regimes autoritários, foram amplamente consagrados na seara constitucional, sendo extensíveis também às pessoas coletivas.

As liberdades informativas desdobram-se, de forma sintética, em três diferentes dimensões: o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público (SARMENTO, 2015, p. 7-8).

Assim, a regra é a liberdade de expressão, comunicação e informação e a exceção deve ser plenamente justificada, motivo pelo qual o acolhimento da pretensão jurídica subjacente ao direito ao esquecimento pressupõe que não ocorra uma violação injustificada aos direitos comunicativos, conforme o teste da proporcionalidade.

3 - O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora a noção de proporcionalidade exista desde os primórdios da antiguidade, apenas no direito administrativo prussiano veio a surgir uma doutrina da proporcionalidade, no governo de Friedrich Wilhelm II, em um contexto de transição entre o estado autoritário para o estado de direito, por meio da inserção no art. 10, do *Allgemeines Landrecht* (ALR) de 1794, da autorização para o governo exercer poderes policiais para assegurar a paz, a segurança e a ordem pública, restringindo esse poder às medidas essenciais para atingir tais objetivos, sendo este o primeiro pronunciamento expresso referente à proporcionalidade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 25). A partir da referida ideia de que as ações governamentais devem ser justificáveis em termos de razão pública e da instauração da cultura da justificação na Prússia, por meio de uma análise de adequação entre meio e fim, desenvolveu-se depois, no direito privado alemão, a noção de proporcionalidade como forma de ponderação entre valores e interesses conflitantes.

Desde então, a proporcionalidade espalhou-se vertiginosamente

pelo mundo⁵, sendo considerada, atualmente, a principal e melhor ferramenta metodológica disponível de interpretação e aplicação do direito aos casos concretos no modelo global do constitucionalismo, estando fundamentada no próprio estado democrático de direito, garantido a “Acomodação defensável de direitos e interesses conflitantes, de acordo com as circunstâncias do caso específico” (ALLAN, 2014, p. 208). Destarte, a utilização de tal instrumento de ponderação permite a restrição de medidas que afrontem ou vão de encontro a direitos fundamentais quando a sua justificação for deficitária.

Cumpra consignar que no presente estudo entende-se que as normas se subdividem em regras e princípios, sendo os direitos fundamentais compreendidos, na esteira do pensamento de Robert Alexy (2008, p. 90) como princípios e, por via reflexa, como mandamentos de otimização, isto é, como normas que ordenam que algo seja realizado no maior grau possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis. Desta feita, no conflito entre duas normas principiológicas, nenhuma delas chega a ser considerada inválida, porquanto elas devem ser otimizadas, de forma que a colisão seja resolvida na seara da realização dos princípios, sendo cada um realizado na medida do possível, a partir da aplicação do teste da proporcionalidade.

Com efeito, ALEXY (2008, p. 94) ainda leciona que, enquanto os conflitos entre regras ocorrem e são solucionados na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso, porquanto somente os princípios válidos chegam a colidir, razão pela qual “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (2008, p. 96).

Assim, na busca da composição de direitos fundamentais conflitantes, atua o referido teste da proporcionalidade como uma estrutura analítica para o exercício exigido na justificação pública, ramificando-se em quatro etapas de análise: 1) Legitimidade; 2) Adequação; 3) Necessidade; e 4) Proporcionalidade em sentido estrito. As três primeiras constituem o exame das possibilidades fáticas de otimização entre os princípios em jogo, enquanto a última controla as possibilidades jurídicas e configura o núcleo essencial do teste.

Nesse contexto, e de acordo com a lei da ponderação, também proposta por Alexy, quanto maior o ônus (grau de não satisfação ou de afetação) de

5 Não se desconhecem os contornos diferenciados do surgimento e da aplicação da ponderação nos Estados Unidos que, entretanto, não deixam de levar em consideração muito do que já se evoluiu no âmbito mundial no que tange à ponderação de interesses e valores.

um princípio, proporcionalmente maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio em conflito, ou seja, quanto maior a invasão de um direito fundamental, mais convincentes devem ser os interesses compensatórios.

Impende consignar, ainda, que no contexto da proporcionalidade, SWEET e MATHEUS (2008, p. 89) asseveram alguns pontos de necessário destaque: “(a) cada parte está defendendo uma norma ou valor constitucionalmente legítimo; (b) que, a priori, o tribunal considera cada um desses interesses de grande valor; (c) que determinar qual valor deve prevalecer em qualquer caso dado não é um exercício mecânico, mas é uma tarefa judicial difícil envolvendo considerações políticas complexas; e (d) que casos futuros que opõem os mesmos dois interesses legais uns contra os outros podem ser decididos de forma diferente, dependendo dos fatos”.

Não se desconhece a existência de críticas à proporcionalidade, notadamente no que tange ao seu suposto subjetivismo, à incomensurabilidade dos direitos fundamentais, à incompetência do poder judiciário para realizar a ponderação, que caberia ao poder legislativo, e, na linha de pensamento de CUEVAS (2012, p. 466), ao fato de o teste expor os direitos fundamentais a um cálculo utilitarista e desconsiderar a existência de direitos absolutos e invioláveis. Entretanto, entende-se que tais críticas não merecem subsistir, porquanto embora não possam ser atribuídos valores fixos aos princípios, ao efeito de mensurá-los, isto não implica na incomparabilidade deste, possuindo o poder judiciário atribuição para revisão judicial e considerando os direitos fundamentais, de fato, como direitos relativos que serão sopesados por intermédio de uma adequada argumentação aplicada ao caso em particular.

Nesse sentido, entende-se o teste da proporcionalidade como um procedimento analítico de tomada de decisão que não dita uma resposta correta, todavia fornece elementos, consubstanciados em quatro etapas de teste, para auxiliar no gerenciamento da tensão entre dois valores ou interesses albergados pela constituição.

4 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: ANÁLISE DE JULGADOS DA CORTE SUPERIOR

No Brasil, o primeiro caso em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu e aplicou o direito ao esquecimento, sendo considerado o *leading case* da temática no país, alinhando-se à jurisprudência estrangeira,

notadamente dos Estados Unidos e da Europa, foi o REsp nº 1.334.097/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado pela Quarta Turma da Corte, que versou sobre o episódio denominado e amplamente conhecido como “Chacina da Candelária”, o trágico caso de homicídios de menores, ocorrido em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro.

Na demanda, o autor J. G. de F., indiciado como partícipe da seqüência de homicídios, pleiteava o reconhecimento do seu direito ao esquecimento, bem como a reparação pelos danos extrapatrimoniais experimentados em decorrência da veiculação do seu nome e da sua imagem, contra a sua vontade, no programa televisivo “Linha Direta – Justiça”, em junho de 2006, em reportagem que versou acerca do mencionado crime. No julgamento da contenda, o Tribunal Superior de Justiça destacou a relevância histórica da “Chacina da Candelária” e ponderou que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade dos fatos, entretanto, enfatizando a precedência dos direitos de personalidade, salientou que a história teria sido adequadamente narrada mesmo sem a veiculação do nome e da imagem do requerente e que o decurso do tempo tornou ilícita a transmissão da notícia jornalística, condenando a empresa Globo Comunicações e Participações S/A a pagar indenização, a título de danos morais ao demandante.

No acórdão em comento, restou enfatizado o direito ao esquecimento dos envolvidos no crime como um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, afirmando-se tal direito, na hipótese, como um legítimo direito à esperança, em sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

De outro lado, no mesmo dia, também foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça o Caso Aida Curi (REsp nº 1.335.153/RJ), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual os quatro irmãos de Aida Jacob Curi, vítima do assassinato em 1958, quando contava com 18 anos, formularam pleito de indenização por danos materiais, morais e à imagem, em desfavor da empresa Globo Comunicações e Participações S/A, em razão da veiculação de matéria sobre o episódio do assassinato de sua irmã, que foi traumático em suas vidas, no programa “Linha Direta – Justiça”, contra a vontade da família.

O Tribunal Superior de Justiça indeferiu os pleitos indenizatórios e a postulação de direito ao esquecimento, frisando no julgado que as vítimas de crimes e os seus familiares possuem, em tese, direito ao esquecimento, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças

de fatos passados que lhe causaram feridas, bem como salientando que deve ser sopesada a historicidade do fato com a proteção à intimidade e à privacidade dos ofendidos. Não obstante, concluiu o órgão julgador que, na situação em concreto, mostra-se incabível a concessão do direito ao esquecimento, devido à historicidade do fato criminoso que entrou para o domínio público, e levando em conta o longo lapso temporal transcorrido e que a imagem da vítima Aida não foi exposta de modo depreciativo, sendo indispensável à narrativa do caso.

Cumpra ponderar que os mencionados casos foram julgados no mesmo dia pelo Superior Tribunal de Justiça (28/05/2013) e ambos aguardam decisão de Agravo em Recurso Extraordinário no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶.

Impende consignar, ademais, que foram concedidas aos casos soluções diametralmente opostas, uma vez que no caso da “Chacina da Candelária” foi reconhecido o direito ao esquecimento, enquanto no caso “Aida Curi” restaram priorizados os direitos comunicativos de liberdade de expressão de informação. Todavia, observa-se que as decisões não são contraditórias, posto que os dois casos apresentam contornos diferenciados, os quais foram acima examinados e se devem, principalmente, ao fato de que no caso “Aida Curi” a imagem veiculada sem autorização era a da vítima, sem qualquer conotação negativa ou desabonatória.

Merece destaque, ainda, o fato de que o Supremo Tribunal Federal, a partir do Caso Aida Curi, reconheceu, por maioria, a repercussão geral da questão constitucional suscitada⁷ que ainda aguarda julgamento na Corte, a qual terá que se posicionar acerca da temática em questão.

Anteriormente aos precitados casos, a apresentadora de televisão Maria da Graça Xuxa Meneghel havia ingressado com ação em face da empresa Google Brasil Internet Ltda., visando à implementação de um filtro nos resultados vinculados ao seu nome no mecanismo virtual de busca da empresa, denominado “Google Search”, de modo a retirar do

6 Agravo em Recurso Extraordinário nº 789.246, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e Agravo em Recurso Extraordinário nº 833.248, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

7 Direito Constitucional. Veiculação de Programa Televisivo que Aborda crime Ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao Esquecimento. Debate acerca da Harmonização dos Princípios Constitucionais da Liberdade de Expressão e do Direito à Informação com aqueles que Protegem a Dignidade da Pessoa Humana e a Inviolabilidade da Honra e da Intimidade. Presença de repercussão geral. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 833.248**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19/02/2015)

sistema resultados que a ligassem a prática do crime de pedofilia e ao termo pedófila, bem como a outros crimes em geral.

A referida pretensão restou embasada no fato de a apresentadora ter participado, no ano de 1982, do elenco do filme “Amor, estranho amor”, no qual protagonizou cena sexual com um menor de idade, vindo, posteriormente, a se tornar um ícone infantil. Desta feita, procurou o amparo do judiciário para eliminar a impressão conflitante que poderia surgir entre sua condição de ídolo infanto-juvenil e o polêmico filme (CRUZ; OLIVA; MOREIRA; TIBURSKI, 2014, p. 04).

Muito embora nessa ação já tenha sido invocado o direito ao esquecimento, este não foi reconhecido pelo Tribunal Superior de Justiça à época, no julgamento do REsp nº 1.316.921/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que se originou da decisão liminar que havia determinado que a empresa Google se abstivesse de “disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas Google, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar da intimação, sob pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário”.

No acórdão que julgou o Recurso Especial, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento à insurgência da empresa Google Brasil Internet Ltda., reconhecendo que, como provedor de pesquisa, o serviço “Google Search” oferecido pelo recorrente limita-se a indicar os *links* das páginas em que podem ser encontrados os termos pesquisados, não possuindo ingerência sobre o conteúdo dos *sites* e destacando que, mesmo que não houvesse o serviço de busca, o conteúdo continuaria disponibilizado na rede mundial de computadores. Outrossim, foi ressaltado que não se pode delegar ao provedor de pesquisa a discricionariedade acerca da retirada ou não de páginas de seus resultados, uma vez que cabe ao ofendido buscar os reais ofensores, evitando esforços para que cada um dos conteúdos tidos como indevidos fosse retirado da rede, o que, em consequência, representaria a retirada dos resultados exibidos pelos provedores de pesquisa.

Posteriormente aos referidos três julgamentos emblemáticos, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou mais alguns casos em que, expressa ou implicitamente, restou invocado o direito ao esquecimento em decorrência do conflito entre liberdades comunicativas e direitos ligados à personalidade, sendo imperiosa a análise de mais uma decisão

proferida recentemente pela Corte.

Com efeito, no julgamento do REsp nº 1.660.168/RJ, em 08 de maio de 2018, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao pedido de desindexação, reconhecendo, ao contrário do caso da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, a responsabilidade dos provedores de pesquisa das empresas Google Brasil Internet Ltda., Yahoo do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda.

No referido caso, a autora D. P. N. visava à desindexação, nos veículos de busca das referidas empresas demandadas, das notícias relacionadas ao seu nome referentes a suspeita de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Para a solução da controvérsia, os magistrados levaram em consideração as peculiaridades do caso, notadamente o longo decurso de tempo em que fato desabonador aparecia como primeiro resultado nas buscas realizadas exclusivamente com a identificação do nome da autora, a despeito da existência de tantas outras informações posteriores a seu respeito.

O acórdão em comento, sinteticamente examinado, rompeu com a orientação que estava se instaurando no Tribunal Superior de Justiça no que tange aos pedidos de desindexação de conteúdos dos provedores de pesquisa. Assim, afere-se a inexistência, até então, de sólidos padrões de referência no que tange à aplicação do direito ao esquecimento no âmbito jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proporcionalidade, como sistema operacional para gerenciamento de conflitos entre direitos fundamentais, mostra-se atualmente como o melhor instrumento de auxílio no enfrentamento das inevitáveis tensões intracostitucionais que ocorrem no cotidiano de qualquer sociedade.

No âmbito da sociedade hipercomunicativa, com a disseminação instantânea e mundial de informações, bem como com o aprimoramento de máquina que possuem uma ampla capacidade de armazenamento de dados, o direito ao esquecimento ganhou relevância e, com ele, os conflitos que lhe são subjacentes, isto é, as colisões entre as liberdades comunicativas e os direitos ligados à personalidade, as quais inevitavelmente começaram a ocorrer com mais frequência.

Nos casos examinados no presente estudo, verifica-se que o Tribunal Superior de Justiça ponderou os interesses e valores em jogo casuística-

mente, entretanto não se utilizou das balizas do teste da proporcionalidade, tampouco fixou de forma segura os seus parâmetros de análise.

Com isso, fica colocada a necessidade de que seja aprofundado o estudo do direito ao esquecimento no âmbito brasileiro, bem como sejam utilizados os testes da proporcionalidade na formulação de argumentos adequados na solução dos conflitos entre direitos fundamentais, ao efeito de consolidar a doutrina que permeia a temática, arbitrando critérios firmes e estáveis para a aplicação do direito ao esquecimento, de forma a propiciar segurança jurídica quanto ao tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAN, Trevor Robert Seaward. Democracy, Legality, a Proportionality. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 205-233.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.316.921/RJ**. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Brasília, 26/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.660.168/RJ**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 833.248**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19/02/2015.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. New York: Cambridge University Press, 2013.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet letter digital. *In*: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, p. 184-205, 2013.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. OLIVA, Afonso Carvalho de. MOREIRA, Querolayne Chaina Cambil. TIBURSKI, Cátia. O direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito das Comunicações**. v. 7, p. 335-355, Jan./Jun. 2014.

CUEVAS, Ignacio Covarrubias. La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos em su formulación y aplicación. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 2, p. 447-480, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em: 08 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SWEET, Alec Stone; MATHEUS, Jud. **Proportionality, Balancing and Glob-**

al Constitutionalism. Disponível em: <Works.bepress/alec_stone_sweet/11>.
Acesso em: 15 maio 2019.

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE COMUNICAÇÃO

LUCIANO DE FARIA BRASIL¹

1 - ABERTURA DOS TRABALHOS

No dia 29 de agosto de 2019, às 8h30, no auditório “Mondercil Paulo de Moraes”, na sede do Ministério Público do Rio Grande do Sul, iniciaram-se as atividades do Painel V – “Justiça Constitucional e o Direito de Comunicação”, no âmbito do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional. A mesa foi composta pelo Dr. Alejandro Patricio Maraniello, presidente da “Asociación Argentina de Justicia Constitucional”, na qualidade de Presidente de Mesa; pelo promotor de justiça Luciano de Faria Brasil, na condição de Relator; e pelos conferencistas Temis Limberger (Brasil), Leonel Torres Labbé (Chile) e Maren Guimarães Taborda (Brasil).

2 - CONFERÊNCIA DA DRA. TÊMIS LIMBERGER: “INFORMAÇÃO PÚBLICA EM REDE E SEUS LIMITES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

A Dra. Têmis Limberger começou sua conferência com uma homenagem ao Prof. Paulo Bonavides, jurista homenageado pelo IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, e ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, recentemente falecido, destacando as contribuições de ambos para a formação da cultura jurídica nacional. Após, dando início à abordagem do tema, apresentou o panorama da informação em rede. No contexto da intersecção entre informação, formação e comunicação, questionou se todo o conteúdo existente na internet configura informação, respondendo negativamente, na medida em que a maioria do con-

1 Mestre e Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Coordenador da Secretaria dos Órgãos Colegiados do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

teúdo apresenta simples comunicação. Assim, a informação tem relevância em um contexto de formação cidadã.

O acesso à informação foi apresentado como necessário à prevenção. Por sua vez, a transparência foi objeto de análise e questionamento. Tratar-se-ia de novo princípio? O impositivo de transparência decorre de três princípios anteriores: (a) princípio da publicidade da administração pública, (b) direito à informação dos cidadãos, (c) princípio democrático. A conferencista ressaltou o papel das novas tecnologias no controle da atividade estatal pelos cidadãos, bem como a má colocação do Brasil nos rankings de transparência da atividade governamental, bem abaixo de países vizinhos como Chile e Uruguai. Nessa linha, destacou que a baixa nota do Brasil no índice de transparência está associada a uma maior incidência de corrupção. Inversamente, maior transparência está associada a baixos índices de corrupção, como no caso dos países nórdicos. Nesse ponto, a conferencista lembrou a lição de Bobbio a respeito do papel das normas jurídicas para a premiação de boas condutas.

A conferencista apresentou a teoria alemã das “três esferas” no contexto do direito brasileiro, distinguindo os domínios da privacidade, da intimidade e do sigilo. Referiu o regramento constitucional sobre o “Habeas Data” (art. 5º, LXXII, da Constituição da República), sobre a proteção da intimidade e da privacidade (art. 5º, X, da Constituição da República), sobre a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição da República); assim como os artigos 11/21 do Código Civil, versando sobre direitos da personalidade. Falou também sobre o Marco Civil da Internet (2014) e sobre a nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (2018), e também sobre a proteção do sigilo na inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da Constituição da República) e na quebra do sigilo bancário (LC 105/2001). A conferencista analisou criticamente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, explanando o teor dos precedentes, a saber: *Repercussão Geral 483, ADI 2859/DF* (j. 24/02/2016).

Após destacar a lição de Ricardo Lobo Torres, no sentido de que “a transparência surge como melhor princípio para superar as ambivalências da sociedade de risco”, a conferencista encaminhou suas conclusões; (a) necessidade de coerência e integridade das decisões judiciais sobre a temática, com a ponderação dos princípios incidentes e o reconhecimento de que a publicidade deve preponderar em face da privacidade; (b) sugeriu que as pautas e critérios trazidos

pela nova legislação sejam prestigiados pelo Supremo Tribunal Federal e incorporados em suas decisões.

3 - CONFERÊNCIA DO DR. LEONEL TORRES LABBÉ: “EL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA; “PREVIA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO” Y LAS FACULTADES REPRESIVAS DE LA POLICÍA: JUSTO EQUILIBRIO O UN CONTRASENTIDO EVIDENTE?”

O Dr. Leonel Torres Labbé iniciou sua conferência destacando que as manifestações são uma expressão genuína da democracia e constituem um espaço coletivo de expressão reconhecido como o “direito de exigir a recuperação de outros direitos”. Nessa linha, mencionou os protestos realizados por grupos ambientalistas no Brasil, os protestos de estudantes no Chile e os protestos realizados pelos “povos originários” na luta pelos seus direitos. Assim, o direito à manifestação pública integra o paradigma da democracia. Como tal, é um direito fundamental previsto em sede constitucional, tanto na Constituição Política da República do Chile quanto na Constituição da República Federativa do Brasil.

No entanto, segundo o conferencista, um problema comum aos países latino-americanos é o fato de que o direito constitucional de manifestação costuma não estar regulamentado. No direito internacional e nos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi estabelecido que o exercício dos direitos fundamentais se relaciona com a reserva legal e que o uso da força policial deve ocorrer de forma excepcional, apenas quando necessário e sempre com proporcionalidade. A ausência de regulamentação pode levar a problemas no exercício do direito de manifestação. Na República do Chile, por exemplo, o exercício do direito de manifestação pública exige autorização prévia pela autoridade competente.

Em síntese, a ordem de problemas gerados pela ausência de regulamentação do exercício do direito de manifestação pública compreende: (i) a existência de condicionamento e autorização estatal para o exercício do direito; (ii) a existência de censura prévia e de vedação do exercício do direito de manifestação pública em determinados logradouros públicos; (iii) o uso desproporcional da força pela autoridade policial, acarretando viola-

ções de direitos humanos. Para solucionar esse quadro, o conferencista sugere a adequação da normatização existente, para ensejar a conformidade da ação policial com os padrões aceitos no âmbito internacional.

Reportando-se ao quadro normativo hoje existente no Chile, o conferencista realizou breve exposição sobre os requisitos exigidos para o exercício do direito de manifestação pública. É necessário solicitar autorização com dois dias de antecedência, por escrito e com individualização dos organizadores, bem como identificação dos locais que serão utilizados e dos manifestantes que usarão a palavra. Na prática, conforme salienta o conferencista, a situação hoje existente defere à autoridade policial a avaliação dos fatos, podendo encerrar a manifestação sem a presença de elementos objetivos mínimos que permitam a avaliação do risco. Em face de tal situação, resta apenas a possibilidade de buscar soluções pela via judicial, por meio do “recurso de amparo” ou do “recurso de protección”.

Como conclusões, o conferencista destacou que a situação hoje existente gera (a) a inconstitucionalidade dos regulamentos; (b) a violação convencional dos regulamentos internacionais; (c) a violação de garantias fundamentais. Como solução, propôs a modernização dos regulamentos, para ajustá-los aos padrões internacionais; e que seja respeitado o paradigma público do protesto.

4. CONFERÊNCIA DA DRA. MAREN GUIMARÃES TABORDA: “POR QUE OS QUE TÊM ARMAS DÃO PODER PARA QUEM NÃO AS TÊM? DISCUSSÃO SOBRE A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA CONCREÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL”

A Dra. Maren Guimarães Taborda iniciou sua conferência homenageando o Prof. Paulo Bonavides e o Prof. Almiro do Couto e Silva, grandes publicistas brasileiros. Homenageou também a memória de seu pai, o advogado, político e professor Wilmar Correia Taborda, que teve seus direitos políticos e seu mandato de deputado estadual cassados em 1966, tendo aprendido com ele que apenas com o estudo da história é que descobriria a resposta para a questão que agora se propõe: por que uns mandam e outros obedecem? Por que o poder se autolimita?

A resposta à pergunta sobre a razão da autolimitação do poder passa pelo reconhecimento da Constituição como sistema de valores e

normas. A Constituição da República, em seu preâmbulo, declara instituir um Estado Democrático de Direito, que vai muito além do mero Estado Social. Diante da importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento integral da pessoa humana e para a formação da opinião pública, o tema foi inserido em âmbito constitucional. A partir de tais premissas, a conferencista propôs avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal na conformação do conteúdo do direito à comunicação.

Segundo a conferencista, algumas pistas sobre a razão pela qual os governantes dividem poder com os juízes podem ser encontradas inicialmente em Maquiavel. De acordo com a lição do pensador florentino, os governos são induzidos a tornar previsível o seu comportamento para viabilizar a cooperação social, indispensável para a sobrevivência e coesão da sociedade. Como os governantes necessitam de um alto nível de cooperação social voluntária por parte de grupos sociais que possuem habilidades e recursos específicos, a atuação dentro do espectro da legalidade produziria benefícios de caráter político.

Entretanto, quando um número amplo e diverso de agrupamentos possui algum grau de influência política, estabelece-se frequentemente uma situação que, na linguagem da filosofia política, pode ser denominada “pluralismo assimétrico”. Grupos politicamente mais influentes recebem mais garantias que grupos politicamente insignificantes, sendo um exemplo o caso dos indígenas no Brasil.


Nessas condições, a resposta à questão da razão pela qual os políticos outorgam poder aos juízes pode ser enunciada de duas formas: a) a política não satisfaz a “fome” de justiça; b) a classe política quer maximizar a capacidade de se subtrair de suas reponsabilidades e de seu poder, desfazendo-se de poderes específicos que possam gerar ódios e ressentimentos, como é o caso da jurisdição. A conferencista lembrou a lição de Maquiavel, de que o príncipe faria melhor em renunciar ao poder judicial, na medida em que este não gera lealdades nem mobiliza apoio político. A conferencista destacou também o papel dos meios de comunicação no âmbito de sociedades complexas, tornando possíveis as suas condições operativas, ao tornar visível a simultaneidade de todas as operações que se realizam nos sistemas sociais. O direito, por sua vez, guarda a memória evolutiva das diversas formas de organização social.

O direito fundamental à comunicação, oriundo da politização da esfera pública que se inicia com a Revolução Francesa, encontra-se previsto na Constituição, que não expressa de modo exaustivo as suas peculiaridades e significados materiais. De acordo com a conferencista,

a ideia de um direito à comunicação inclui o direito à diversidade de uma mídia plural, o acesso equitativo aos meios de comunicação de massa, o direito de praticar e expressar a cultura, o direito a participar de decisões públicas, o direito de acesso à informação, o direito de não-restrição de conteúdo e o direito à privacidade. Entre outros direitos, o direito à comunicação abrange a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação.

A conferencista procedeu a uma extensa análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal em casos selecionados, nos quais foi discutida a concreção do direito à comunicação diante de conflitos de interesses de diversas ordens. Nessa linha, foi realizado o exame da argumentação contida no âmbito da ADIN 4923-DF, julgada em 8/11/2017, sendo relator o Ministro Luiz Fux. Também foi objeto de análise o teor do parecer da Procuradoria-Geral da República na ADO 9 e na ADO 10, sendo ambos os casos relevantes para exposição do tema.

Em conclusão, a conferencista alertou para necessidade, no regime democrático, da organização de um espaço público de comunicação. Atualmente os meios de comunicação vivem uma crise democrática, relacionada ao ocultamento de suas identidades políticas e ideológicas, ao contrário do que ocorria no passado. A conferencista ressaltou também que a exploração dos meios de comunicação no Brasil é feita por grupos empresariais privados, influenciando muitas vezes a pauta política a partir de seus interesses. Para a conferencista, é necessário assumir a centralidade da discussão pública sobre o tema da democratização dos meios de comunicação social no Brasil, de forma a garantir um dos direitos mais importantes em uma democracia: o direito à comunicação social.



CAPÍTULO VI
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE
AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS



CONSTITUTIONALISM, LIBERAL DEMOCRACY, AND POPULISM: A CRITICAL APPRAISAL OF THE POPULIST WAVE AND THE LIBERAL CULTURE.

JOHN JOSEPH WAMWARA¹

1 - INTRODUCTION

There is an explosion of knowledge everywhere in today's world. There is also unparalleled interconnectedness spurred by the age of the internet and the social media. People are more informed, more travelled, and more versatile than any generation in the past. All these should have led to a more tolerant, universalist, pluralist, and constitutional society. Yet the contrary is true – protectionism and populist nationalism are re-emerging as the dominant political thought and movement.

With increase in knowledge, there is also marked increase in liberalism. Many educated people embrace liberalism as it provides them the foundation for pursuing professional development and a place in the increasingly pluralistic world. The visions of personal fortune and greatness often keep the liberals from their responsibility to the societies they live in. Many liberal ideas demand social change, which change the liberals have the duty to champion. While they have the force of reason to justify these changes; too often the liberals fail to execute this duty for various reasons. In this paper, I opine that the failure by the elites to establish a system of justice that protects the interest of all members of the society, especially those of the least advantaged, often leads to a reversion to populist nationalism. The liberals ignore the duty to point and to train the members of their societies to the potentially blinding rays of the new light of liberty. In this world of rapid changes, there is hardly any time to build consensus and the masses often feel ignored and compelled to bend to the will of the liberals who often wield social, political, economic power.

Disenfranchised, disillusioned, and their interests alienated, the least advantaged would be willing to embrace any thought promising to

1 Dr. John Joseph Wamwara (SJD) is public law lecturer at Moi University School of Law, and at Catholic University of Eastern Africa (Kenya) and until recently been Dooyeweerd Fellow in Law & Religion at Center for Study of Law and Religion (CSLR) of Emory University School of Law; He holds an SJD (EMORY); LL.M in Law & Religion (EMORY), Advanced LL.M in IHL & HR (UNIGE/Graduate Institute Geneva); PGD (KSL); and LL.B (UoN).

change their plight. That is when opportunist and populist nationalists step in. They appeal to nationalist pride, and supposed shared traditions, morals, and culture. They present a picture of a romanticized past when there was equality and social justice. In their quest for power, they promise a restoration of things as they used to be. This becomes a force that defies any force of reason and any appeals at toleration in the hope that the past ideals may be regained. In this paper, I will look at how elitist liberal culture has led to or at least acquiesced the current wave of populism sweeping across the world.

2 - UNDERSTANDING POPULIST NATIONALIST THOUGHT

A. POPULISM AND NATIONALISM DEFINED

While populist nationalism may appear as a pressing new problem of the twenty-first century, this is not true as one needs to only look at waves of populist movements that periodically sweep across the world.² In fact these are as old as Greek democracies.³ What populist nationalist leaders often do over the centuries is to “generate legitimacy and support by mobilizing marginalized social sectors, into a publicly visible and contentious political action, while articulating anti-elite, nationalistic rhetoric that valorizes the people.”⁴ Many of these often exploit the vulnerability of the masses by awaking them to the systemic inequities, disenfranchisement, and in injustices. They then apportion these shortcomings to the systems and those charged with safeguarding it. They present themselves as the answers to these problems. The masses burdened by vivid memories of the past humiliation, angered by the present systemic injustices, and disheartened by the bleak prospects of the future; readily accept the proclamations of the populists. The hope of a better future makes them embrace these leaders without thought or evaluation on whether the promises they make are realistic.

Recent developments have made the masses more vulnerable to ac-

2 A. KUZMINSKI, *FIXING THE SYSTEM: A HISTORY OF POPULISM, ANCIENT AND MODERN* (2008), p. 3

3 Id. at p. 4

4 Robert S. Jansen, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, 29 *SOCIOLOGICAL THEORY* 75–96 (2011), p. 75.

cept populist claims. As explained by Pankaj Mishra in the *Age of Anger*⁵ -

Beginning in the 1990s, a democratic revolution aspiration - of the kind Tocqueville witnessed with many forebodings in early nineteenth-century America - swept across the world, sparking longings for wealth, status and power, in addition to ordinary desires for stability and contentment, in the most unpromising circumstances... Thus, individuals with very different pasts find themselves herded by capitalism and technology into a common present, where distributions of wealth and power have created humiliating new hierarchies.⁶

While in the past, the traditional structures of community, the state, and the social welfare insulated the individuals from the full effect of the inequalities; the weakening of these buffers and the near collapse of the structures of the nation-state has meant that the individuals is left exposed to the shock of the resultant inequalities and injustices.⁷ It also true that “[t]he democratic capitalist state has been undergoing a shift in which democracy is declining and the parameters for democratic activity, debate and, in fact, civil liberties have been shrinking.”⁸ Without a forum for redress, expression, and the hope for reversal of the trends, the disgruntled masses become easy prey for populists with messianic promises. Compounded further by the reality of globalization and technology, the insecurities of the masses build; which insecurities nationalists exploit in their opposition to immigration, globalization, and the liberal culture. In the end “[a]n existential resentment of other people’s being, caused by an intense mix of envy and sense of humiliation and powerlessness, *resentment*”⁹ is all the populist nationalists need to begin a revolution that undermines the established political, social, economic and legal order.

There is not a settled definition of populism. For the purpose of this paper will adapt a political definition of populism. Kurt Weyland has

5 PANKAJ MISHRA, *AGE OF ANGER: A HISTORY OF THE PRESENT* (2017).

6 *Id.* at p. 12, 13.

7 *Id.*

8 BILL FLETCHER, ‘STARS AND BARS’: UNDERSTANDING RIGHT-WING POPULISM IN THE USA, in *THE POLITICS OF THE RIGHT* 296–311 (2015), p. 297, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15zc854.18> (last visited Feb 7, 2018).

9 *Id.* Fletcher defines this as “a tremendous in mutual hatred and somewhat universal irritability of everybody against everybody else”.

defined populism “as a specific way of competing for and exercising political power, through domination, not distribution; allocation of political rule, not the allocation of socioeconomic benefits or losses.”¹⁰ While the leader uses social and economic rhetoric, the goal of the populist leader is to win and exercise political power. It is opportunism with very weak, if any, commitment to substantive policies, ideas, and ideologies they profess.¹¹ Prof. Norris of Harvard Kennedy School also gives the following definition which is instrumental for this paper -

Populism is a philosophy of governance holding that legitimate political authority is based in *vox populi* and majority rule, without safeguards for minority rights and conventional checks and balances. Populism gives leaders the chance to grab sweeping powers by claiming to speak for the people. They use those claims to sweep away constitutional safeguards on executive power.¹²

He continues to classify populism broadly into populist-authoritarian and populist-progressive wings.¹³ Examples of these include Vladimir Putin of Russia, Paul Kagame of Rwanda, “Recep Tayyip Erdogan of Turkey, and Viktor Orban in Hungary and Rodrigo Duterte in the Philippines.”¹⁴ Populist- authoritarians are strongmen who exploit their majority support to institute dictatorial regimes that allow no room for dissent or no protection for minorities. On the other hand, populist-progressives use their support to institute far-reaching reforms. These leaders have been “especially successful in Latin America, including Argentina’s Peróns, Peru’s Alberto Fujimori, Argentina’s Cristina Fernández, Rafael Correa in Ecuador, and Venezuelá’s Hugo Chávez and Nicolás Maduro.”¹⁵

Since populism does not provide for checks and balances, often the populist leader exploits the support of the majority to impugn

10 Kurt Weyland, *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics*, 34 *COMPARATIVE POLITICS* 1–22 (2001), p. 11

11 Id.

12 Norris Pippa, *So is the wave of populist nationalism finished? Hardly*, *The Washington Post*, May 7, 2017. Available on https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/05/17/so-is-the-wave-of-populist-nationalism-finished-hardly/?utm_term=.1977d054d54a last accessed on 09/07/2017.

13 Id.

14 Id.

15 Id.

the rule of law, upstage democratic ideals, and safeguards for the minority. While wielding the magic spell controlling the masses, they easily use this to either roll back on Constitutional guarantees or force reforms that may eventually hurt the state. They dismantle the systems of governance and rail against the elites. Under the rule of a populist leader often dissenters are termed enemies of progress' and could find themselves easily dispensed with. One is only safe as long as they agree with the leader. History is retold with flattering picture of a romanticized past. A return to that glorious past is promised and the gains of civilization demonized as the cause of the present injustices and inequalities. A war against the 'bourgeoisies', immigrants, elites, and anyone other than us is declared. One must remember that "[b]ecause right-wing populism looks for scapegoats it especially focuses on the identification of so-called *legitimate* and *illegitimate populations*."¹⁶ Often that scapegoat is the lucky few (elites) who exploited the system to gain advantage and privilege. Of course, race is also used to apportion residual blame.¹⁷

Ideally though, Kuzminski holds that this definition is a perversion of the true meaning and aspiration of populism; which is 'ideology that holds that there must be both political and economic democracy – that is a citizenry where private property is widespread and concentrations of wealth are minimal (citizens must have neither so much personal wealth and power as consistently be able to dominate others, nor so little as to be constantly dominated by other).'¹⁸ It is this perversion of populism that makes it an idea so repulsive to the established political systems.¹⁹ It is this same perversion of democracy that makes most of what is called liberal democracy unsatisfying to the masses.²⁰ In a populist democracy, he opines, there would never be dramatically poor or dramatically rich; there would never a class so powerful as to 'constitute a self-perpetuating and coherent ruling class, nor those dependent enough to constitute a

16 BILL FLETCHER, 'STARS AND BARS': UNDERSTANDING RIGHT-WING POPULISM IN THE USA, in *THE POLITICS OF THE RIGHT* 296–311 (2015), p. 299, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15zc854.18> (last visited Feb 7, 2018).

17 Id.

18 A. KUZMINSKI, *FIXING THE SYSTEM: A HISTORY OF POPULISM, ANCIENT AND MODERN* (2008), p. 4 - 5

19 Id.

20 Id.

coherent and self-perpetuating client class.²¹

What then is the difference between populism and liberal democracy? While they are both a rule by the majority, liberal democracy is “a system for making collective decisions in which political authority is vested in individuals who are chosen by citizens in a competitive fashion for limited tenures via the institutionalization of voting schemes”²². Liberals believe that every person is inviolable. They also believe on a principle of justice that ‘denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others...does not allow that the sacrifice imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many.’²³ Liberals believe in and largely practice Constitutionalism condemning the arbitrary condemnation of populist groups of groups of persons. Reason, fairness, rule of law, and justice are some of the values of liberal democracies. It is these very same values that most populist movements deny. To these ends, populism and liberal democracies are irreconcilable.

B - UNDERSTANDING THE RECENT WAVE OF POPULIST NATIONALISM

Even though the temptation to retell the story of civilization as a linear progression of continuous gains is often difficult to overcome, this is simply not true. An honest account would tell of the drunken trail which reveals many steps forward, a few steps backward, another few to the left, and yet another to the right, and eventually a middle ground that defines the progression. In fact, Pankaj Mishra confirms this position when he states –

[T]he history of modernization is largely one of carnage and bedlam rather than peaceful convergence, and that the politics of violence, hysteria and despair was by no means unique to Nazi Germany, Fascist Italy or Communist Russia...The sanitized histories celebrating

21 Id.

22 Benjamin Radcliff, *Liberalism, Populism, and Collective Choice*, 46 *POLITICAL RESEARCH QUARTERLY* 127–142 (1993). Available at www.jstor.org/stable/449060 (last visited April 30, 2019); While there are two conceptions of liberal democracy – majoritarian conception and the juridical-constitutional conception – for this paper, the two conceptions apply. Therefore, liberal democracy and constitutionalism/constitutional democracy have been used interchangeably. See Gerardo L. Munck, *What is democracy? A reconceptualization of the quality of democracy*, 23 *DEMOCRATIZATION* 1–26 (2016).

23 JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE*, (1999), p. 3.

how the Enlightenment or Great Britain or the West made the modern world put the two world wars in a separate quarantined box, and isolated Stalinism, Fascism and Nazism within the mainstream of European history as monstrous aberrations.²⁴

Most liberals are shocked at the return of populism supposedly vanquished when democratic capitalism overthrew communism and socialist. They view this as regression and the loss of many milestones already marked for democracy and the free market economy. However, if they were to accept history for what it is, they would understand that this is perfectly normal in the path to progress. Any objective observer should also note that disquiet is inevitable since lately –

Democratic capitalist states, as well as their political and civil society allies, have engaged in vicious repression of opponents, whether within the working-class movement or other progressive social movements. The utilization of extra-judicial killings (e.g., lynching), blacklisting, purges and historical omissions have all been essential in the response of the ruling elite to the class struggle and other democratic/anti-oppression movements, in no way contradicting the existence of what is termed ‘bourgeois democracy’ or democratic capitalism.²⁵

The liberals must understand that with the growing economic gap between the elites and the least advantaged, it is inevitable that populist stream drawing from tributaries of “white supremacy, xenophobia, sexism, states’ rights, contradictory imperial, and isolationist tendencies, conservative Christianity, and militarism”²⁶ to traction to their course. Though these populist tributaries are often contradicting ideologies that left on their own, would not pull in the same direction. But faced with the long-term negative effects of capitalist democracy, they choose to unite behind any populist leader who will champion any of its variation, even if it is only the expression of their discontent with the status quo and their intent at changing it. The liberals must realize that even though their ideology and system is still mainstream, they are losing grounds fast and unless they act urgently

24 PANKAJ MISHRA, *AGE OF ANGER: A HISTORY OF THE PRESENT* (2017), p. 17

25 BILL FLETCHER, ‘STARS AND BARS’: UNDERSTANDING RIGHT-WING POPULISM IN THE USA, in *THE POLITICS OF THE RIGHT* 296–311 (2015), p. 297, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15zc854.18> (last visited Feb 7, 2018).

26 Id.

to stop the hemorrhage, and work to gain the lost grounds, the populists will continue taking over and overhauling systems that have taken decades, even centuries to establish. The populists often divide the population into legitimates and illegitimates, where legitimates currently are the others who they consider non-natives or non-deserving of equal place in the national space. If the liberals truly believe in dignity of the individual irrespective of the color of their skin or the place of origin, then they must fight back against this intolerance and hatred. As it is with all revolutions, it is only a matter of time before a counter revolution breaks looking for a new subject of its anger. That time is not too far into the future before liberal elites are targeted as the object of populist 'reformation'.

The insurgent Islamic fundamentalism also takes some measure of blame for resurgence of populist politics in Western democracies. The Western reaction to 9/11 and the American declaration of 'war on terror' and the invasion of Afghanistan and Iraq, conflated an already dicey relation between Western and the Muslim world. While supposedly peddling democracy and human rights, the Western states executed these campaigns in manners that hazed the very ideals of democracy they were supposedly promoting. Muslims were radicalized further, in the hope of confronting the Western influence in the Middle East and to hopefully establish a caliphate that would restore Islam's lost glory, ISIS emerged. Its populist ideology quickly took root and won vast territories. It developed a very ambitious program of recruitment and indoctrination receiving within its ranks young, ambitious, and educated youths. It was not long before they could execute attacks within Western capitals. Politicians in Europe and America were quick to exploit these developments to start Islamophobic and xenophobic movements. The Western politicians employed the tactic of fear mongering (on this account, the same tactic employed by ISIS) to arouse a sense of fierce nationalism and Islamophobia. Pankaj Mishra aptly puts it –

The pied pipers of ISIS have grasped particularly keenly that insulted and injured men... can be turned into obedient and fearless fighters if they are given a rousing cause to fight for, especially one connected, however tenuously, with the past glory of Islam, and aimed at exterminating a world of soul-killing mediocrity, cowardice, opportunism and immoral deal-making. Thus, ISIS is able simultaneously to stoke sectarian hatreds in Asia and Africa and insinuate their notion of self-empowerment through mass murder in the older struggles of Muslim minorities for identity and dignity in European societies.²⁷

27 PANKAJ MISHRA, AGE OF ANGER: A HISTORY OF THE PRESENT (2017), pp. 49-50.

Further, the Western nationalists exploit the increasing discontent with the capitalist economic model. They point to the senseless amassing of unimaginable wealth by a very few elites, and how the proprietary laws protect these acquisitions. They point to the increasing impoverishment of the masses, and the silence of the law to their plight. They use the 2008 financial meltdown to elaborate their claims. While the working class (the masses) invested their lifetime savings in the financial and the property markets. Their mistake was to listen to what was then the soundest advice on prudent investing. When the market collapsed, the fat dogs of Wall Street walked away with mind-boggling bonuses, and the large banks and companies received government bailouts. These were the persons and entities that gambled the resources the masses entrusted them. No one came to the help of the masses. They were evicted from their houses, they lost everything. Many people could not accept the unfairness of it all choosing to end their lives instead. These persons are susceptible and will accept of any ideology that promises to 'drain the swamp'. They will also accept the suggestions that it is globalization and immigration that account for their low wages and the loss of incomes. When they further hear of an enemy (ISIS) that has promised not to rest until they exterminate Western civilization and her population, they are willing to go battle to defend their turf. Therefore –

[T]he success of racist nationalists and cultural supremacist worldwide, ought to make us to re-examine our basic assumptions of order and continuity – our belief that the human goods achieved so far by the fortunate minority can be realized by the ever-growing majority that desires them.²⁸

C - TAMING THE WAVE: COMBATING NATIONALIST POPULISM

To stem the increasing popularity of populist nationalism, the capitalist democracy and liberal ideology must proactively confront the conditions inimical to their continued dominance. They must accept that “civilization built upon endless competition, desire and vanity deforms something valuable in natural man: his simple contentment and unconscious self-love” and must be varied or altogether changed

28 Id. at. p. 27

to address the concerns of the masses that it disenfranchises.²⁹What is plausible of course is to adopt a theory and practice of social justice that is all inclusive and keen at protecting the interest of the least advantaged in the society. I believe a version of luck egalitarianism is the most compelling answer to the prevalent capitalist economic models that often leave the poor alienated, helpless and without reasonable hope to meaningfully improving their lot. In the next section, I go into the details of what luck egalitarianism is and how it can help save an otherwise troubled vessel called liberal democracy.

Secondly, the liberal democrats must develop an ideological conviction, a near-religious movement that will continually reach out, recruit, and engage the masses. This movement will be something aping the activism of Christianity in ascendancy of Western civilization, and the loyalty and unity of purpose that Islam gave to Islamic civilizations. In this movement, the fallacies of populist nationalism will be confronted, dissected, and dislodged. Liberal democracy has a lot to offer the world as it is the most reasonable ideology of governance that considers and protects the interest and the welfare of every individual member of the political establishments that have adopted it. However, the liberal democrats have increasingly been intolerant of dissenting voices lately. They have also tragically downplayed the negative effects of their model including the injustices suffered by the least advantaged, the increasing alienation of the masses, and the hopelessness that has been steadily rising following the 2008 economic depression. They have also presumed that the force of their reasoning is enough to beat and dislodge any populist arguments. Part IV of this paper suggests that the elites have failed to embrace and share their ideals with the masses, and that it is high time that the liberals understood that a fierce war of ideas is raging. That every member of the liberal democratic society is needed to fight their fair share of the battles if there is to be any hope of victory for liberal democracy.

29 Id. p. 21.

3 - LUCK EGALITARIANISM AS A VIABLE ANSWER TO POPULIST NATIONALISM

A - UNDERSTANDING LUCK EGALITARIANISM

“Luck egalitarianism” is a term recently coined by Elizabeth Anderson in her paper titled, ‘*What is the Point of Equality*’³⁰ in which she criticized a group of theorists who are propagating enforced moral equality resulting from happenstance. These occurrences may be completely beyond ourselves or within our control. Luck egalitarianism, though the meaning is not universally settled, broadly states that there are certain circumstances which occur to us either through what Ronald Dworkin calls ‘brute luck’ or ‘option luck’ which the society must act to remedy to ensure that there is social justice and relative equality.³¹

Kasper Lippert-Rasmussen explains the four kinds of luck and how they relate to justice.³² First, is *resultant luck* being the outcomes of our actions. Second, is the *circumstantial luck* which is luck introduced by the conditions under which we act. Third, is *constitutive luck*, who we are, determine what befalls us (what luck we have). Finally, there is what he has called *antecedent causal luck*, which are certain circumstances preexisting but which affect our current conditions. Luck that is relevant to the justice debate is luck that affects a person’s interests (welfare, resources, and capabilities to achieve functioning in the society).

Egalitarianism on the other hand posits that the conditions of people should as much as is possible be as nearly comparable as possible and that priorities to cure any inequalities should focus on maximizing benefit to those who are lower in the social scale.³³ In designing this social intervention to cure inequalities, it is important to remember that factors contributing to a person’s situation influence whether there is need for

30 Elizabeth S. Anderson, *What Is the Point of Equality?* 109 (2) *Ethics*, (1999), pp. 287–337. Available at www.jstor.org/stable/10.1086/233897 (last visited Feb. 7, 2018).

31 Ronald Dworkin, “*What is Equality? – Part 2: Equality of Resources*,” 10 *Philosophy and Public Affairs*, (1981), pp. 283–345

32 Kasper Lippert-Rasmussen, “*Justice and Bad Luck*”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/justice-bad-luck/> (last visited Feb. 7, 2018).

33 Kasper Lippert-Rasmussen, *Egalitarianism, Option Luck, and Responsibility*, 111 *Ethics* 548–579 (2001), p. 548

intervention or the type of intervention to employ. As Richard Anerson aptly puts it '(1) one is not (properly held) responsible for what lies beyond one's power to control (call this "the control principle"), and (2) one is less responsible for what is harder and more painful to control (if one fails to control it) (call this "the extension of the control principle")³⁴. Therefore, the two things that are important when dealing with luck egalitarianism, according to Anerson are: *desert* (the situation that a person finds themselves in) and *choice* (what was the person's role in finding themselves in that situation).³⁵

Ronald Dworkins weighs in with his differentiation of 'brute luck' and 'option luck'. Since option luck results from deliberate and calculated gambles, inequalities resulting from these should not be remedied. He states "...people should pay the price of the life they have decided to lead, measured in what others give up in order that they can do so"³⁶. This view is not uniform as there are those who hold that justice permits or requires the nullification of differential effects of optional bad luck. However, for 'brute luck' since they result from circumstances external to the person, justice demands that the society remedies inequalities resulting from these. The reason for these are either because it would be unfair that the society is blind to inequalities resulting from bad brute luck or justice requires not the neutralization of bad brute luck but equality of initial prospects.³⁷

B - APPLYING LUCK EGALITARIANISM TO CONTEMPORARY SITUATIONS: RAWLS, MILL, ARISTOTLE, CORNELL, AND TERRELL.

I - JOHN RAWLS AND THE THEORY OF JUSTICE

Rawl's theory of justice rests on what he calls justice as fairness. Two principles define his theory – "the equality in the assignment of basic rights and duties; and the social and economic inequalities are just only if they result in compensating benefits for everyone and in particular for

34 Richard Anerson, "Luck Egalitarianism Interpreted and Defended (2004). Available at <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/luckegalitarianism2.pdf> (last visited on Feb. 7, 2018).

35 Id.

36 RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY (2000), p. 74.

37 Kasper Lippert-Rasmussen, "Justice and Bad Luck" (2014).

the least advantaged members of the society”³⁸. To get to this, he creates an imaginary *original position* where no one knows their place, class position or social status even as they negotiate the rules of fairness to govern their society. The resultant agreement prescribes the moral principles by which the society is to be governed.

Like the luck egalitarianism, Rawls develops what he has called difference principle and the principle of redress. For Rawls, a system is just only if it works to improve the expectations of the least advantaged members of the society. The difference principle he states, “is a strongly egalitarian conception in the sense that unless there is a distribution that makes both persons better off...an equal distribution is to be preferred”³⁹. The focus of the difference principle is in improving the lot of the worse off members of any society even if any such scheme would result even more inequality. He further states that “[s]ocial and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest expected benefit of the least advantaged and (b) attached to the offices and positions open to all under conditions of fair equal opportunity”⁴⁰

The principle of redress on the other hand states that undeserved inequalities must be redressed. He believes that the inequalities of birth and natural endowment are undeserved. “[I]n order to treat all persons equally, to provide genuine equality of opportunity, the society must give more attention to persons with fewer native assets and to those born into the less favorable social positions” (Rawls, p. 86). The focus would be to mitigate the unfortunate circumstances that people find themselves in. This is to be weighed against the principle that seeks to improve the average standard of life or the principle that seek to advance the common good. For those who have been favored by nature are to enjoy those favors in a manner that improve the situation of those who have lost out. Nature is arbitrary in how it apportions endowments and where one is born. It would therefore be an injustice that natural endowments and social class be the only determinants of equality and equality of opportunities.

Rawls therefore through the difference principle and the principle of redress, correspond to Ronald Dworkin’s view that the society should address inequalities resulting from ‘brute luck’. This is because those affected had no hand in determining their luck. However, Rawls is

38 JOHN RAWLS: A THEORY OF JUSTICE (1971), p. 13.

39 Id. at p. 66 – 67

40 Id. at p. 72

skeptical that society should intervene in correcting inequalities resulting in bad 'option luck'. For it would seem unfair that individuals having worked so hard to exploit their natural endowments to be forced to relinquish their advantage in favor of those who never exploited their natural endowments or took a deliberate gamble to their disadvantage.

Luck egalitarianism to what end? For Rawls, there is only one end for championing luck egalitarianism – the improvement of the situation of the least advantaged in the community. Therefore, a system is just that allows the better placed and the more talented persons in the society to exploit their good fortune to their advantage if such has the net effect of improving the basic good of the least placed in the society. It would still be a just system even if it results into a more unequal society. Nature through social position and natural endowment distributes, a society in the interest of the least favored redistributes to increase the basic good for the least placed.

For Rawls, the national health legislation should prohibit higher premiums for situations of risk that result from bad brute luck. Fertility should not be a ground for imposing higher premiums, for it is brute luck. On the issue of obesity, this would be debatable. To what extent has individual lifestyle choices influenced their 'growth' into obesity? Where lifestyle choice outweighs genetic predisposition, then this would amount to option luck beyond which there is need for societal intervention.

For residence near a volcano, it would appear straight bad brute luck for individuals do not choose where they are born. However, this assumption is rebuttable. Knowing the situation, did they deliberately move into this area while there were others places they could reasonably settle? If the answer is yes, then this would be option luck for which the individual should live with the consequences. The same analysis would suffice for one who lacks a college degree. However, for one who owns a motorcycle, this is clear option luck for which the individual should be made to live with the consequence.

II - JOHN STUART MILL – UTILITARIANISM AND LIBERTY

On Utilitarianism, Mill begins by acknowledging that '[q]uestions of ultimate ends are not amenable to direct proof'⁴¹, therefore his was not an effort at providing proof but rather laying ground for rational consideration of utilitarianism. He defines utilitarianism as a moral creed that holds actions to be right if they promote happiness (pleasure

41 JOHN STUART MILL, UTILITARIANISM, INTRO. BY JONATHAN BENNET (2005), p. 4

and absence of pain) and they are wrong if they promote unhappiness.⁴² He then explains that certain pleasures are more desirable and more valuable than others. Pleasures that appeal to the mental are more desirable than sensual desires. Utilitarianism therefore focuses on maximizing the happiness of the greatest number within the limits imposed by the collective interest of mankind.

In making laws and in structuring social institutions, the happiness of every individual as a member of the whole should influence the nature of laws or type of social structures formed. That every effort must be expended to educate individuals to associate their own happiness to the interest of the whole⁴³. The individual will therefore in promoting their own happiness align it with the general good of the society. The individuals motive for promoting the general interest of the society may not be substantial here, it is enough that she in fact does. Since each person desires his own happiness, if they believe it to be attainable, the general happiness is a good to the aggregate happiness of all persons.⁴⁴

Everyone has equal right to happiness. This includes the right to the means of accessing that happiness subject to limits dictated by social expediencies strictly construed.⁴⁵ He opines that certain inequalities may be acceptable to get to the ends of justice. In 'On Liberty', Mill defines liberty as the freedom of an individual to pursue their own good in their own way. The only limit to individual liberty should only be on acts of the individual which violate other people's rights (not mere preferences). Therefore "as soon as any part of a person's conducts affects prejudicially the interests of others, the society has authority over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it becomes open to discussion"⁴⁶

Even as he advocates for liberty, he also holds that the society may come up with measures to shield its members from the extravagance of individual expenditure contrary to principles of liberty. He also advocates for equal (or may be equitable) sharing of social burdens through taxation. Unlike Rawls, he advocates for equality that is based on capability where the educated and the professionals are given more responsibili-

42 Id.

43 Id. at p. 17

44 Id. at p. 36

45 Id. at p. 63

46 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (2010), p. 63

ty on democratic governance.

Throughout the two works of Mill, one can decipher a strong advocacy for luck egalitarianism. Since the principle of utilitarianism focuses on maximizing happiness for the greatest number, the general interest of the society is primary. The general interest will seek to address the misfortune of 'brute' luck. Social cohesion can only be achieved by seeking the interest of the majority. Often in the society, the majority is in the bracket of the least advantage. To maximize their happiness, the society will intervene to redress certain predicaments not of individual's own making. Deriving from his strong libertarian approach, it is reasonable to conclude that Mill would not advocate for any interventions to remedy inequalities resulting from option luck. For these decision fall within realms of personal liberty even if they result in jeopardizing the position of the individual in the society.

III - ARISTOTLE AND THE ELEMENTS OF GOOD CHARACTER

According to Aristotle, excellence is a quality which makes an individual a good member of its kind. It is excellence that allows an individual to fulfil his purpose. It is excellence that should define and individual's character. Human excellence therefore demonstrates a good moral character. Excellence of character "is a state concerned with choice, lying in a *mean* relative to us, this being determined by reason and in a way in which the man of practical wisdom would determine it."⁴⁷ Excellence or virtue is a state. It is a mean relative the state that we are in.

There are two types of excellences or virtues – of intellect or of character. The virtues of intellect (wisdom, comprehension, and prudence) are rational. Virtues of character involve the cooperation between the rational and the non-rational (appetites and desires). They include generosity, temperance; they result from habit. Virtues of character result in pleasure and it must be a deliberate choice made by an individual. This deliberation results in virtues of character being a mean between extremes – excesses and deficiencies. An action is virtuous when it is in proper proportions. A courageous person is one who experiences that the proper proportion of fear that a situation calls for.⁴⁸

One achieves happiness by being a virtuous person over a com-

47 Aristotle, Nicomachean Ethics II.7. Available at <http://www.archelogos.com/xml/toc/toc-eni.htm> (last visited Feb. 7, 2018).

48 Id.

plete life. One becomes a virtuous person by undergoing the right training and upbringing. People do not choose the family into which they are born. This is depended on luck. Aristotle is beholden to aristocracy. One has the misfortune of being born a slave while a different person has the positive brute luck of being born into the royal family. Our place in the society determines whether we get the proper training and upbringing we need to be virtuous. To be truly virtuous, the conditions must be fully permitting, this also is an element of luck – circumstantial luck. To be generous, one must have the resources. These are external elements which do act to limit the experience of true happiness.

For Aristotle, individual acts can be praiseworthy, pardonable, or blameworthy. Individuals should be praised or blamed if their actions are voluntary (a product of rational desire and deliberation). Involuntary actions (a result of force as an external principle that the individual contributes nothing) should be pardonable. Actions that are neither voluntary nor involuntary should be praised, blamed, or pardoned depending on each situation.

On luck egalitarianism, understanding Aristotle's philosophy explained above, Aristotle holds that the individuals should not be punished for brute luck. However, being apologetic to aristocracy, I doubt that he would champion that the society remedies inequalities that are resultant of brute luck. That is why for him, virtue is determined relative to a person's class. Understanding the position of the slave in Aristotle's society, virtue would be attributed depending on how best they serve their masters. Aristotle using praise and blame evaluation in Aristotle would let a person suffer the consequences of bad option luck.

IV - TERRELL ON LUCK EGALITARIANISM

While it may be difficult, from Terrell's writings, to clearly see how he addresses this subject, I believe chapter nine of the *Dimensions of Law Reasoning*⁴⁹ book is applicable to luck egalitarianism. In analyzing the right to privacy, Terrell suggests four possible approaches, classical liberal approach, the civil liberal approach, liberal communitarian approach and classical communitarian approach. The first two are micro in that they focus on the individual while the last two are macro in that they focus on the interest of the society or community.

Classical liberal approach focuses on the autonomy of individuals. Every government policy and law should focus on protecting the

49 TIMOTHY P. TERRELL, DIMENSIONS OF LEGAL REASONING, (2016).

rights of the individuals. Consequently, individuals create their own community. “Through their independent, unforced choices, they generate and maintain a collectivity that remains only as a defender and facilitator of the rights necessary for the voluntary interpersonal relations”⁵⁰. In civil liberal approach, focus is on the individual, but puts the individual within the context of a micro-community. “We cannot ignore that our immediate community preceded us as individuals, and we must therefore acknowledge that our sense of ourselves – our sense of our “dignity” – is shaped and directed by the content.”⁵¹ The focus will still be protection of the individuals but within the realities of the community in which they live. Both classical and civil liberal approaches do support the holding in favor of privacy rights of an individual in *Kyllo v. United States*⁵².

On the other hand, liberal communitarian approach focuses on the community’s long-term interest, therefore an individual’s rights are shaped by a community’s interest which may vary from time to time. With the end being social cohesion in the community, individual rights are to be framed and protected. In classical communitarian approach, individuals are viewed as the product of the community. Individual values are therefore derivative of community values. The states’ interest is therefore to maintain the sense of community whose interests transcend individuals’ interest. The communitarian approach could be used to understand the holding in *Bartnicki v. Vopper*,⁵³ where freedom of speech trumped privacy because the public good that the speech served.

Classical communitarian approach would correspond to the ideals of luck egalitarianism. I reckon Terrell to be a fierce defender of individual autonomy. That is why he repeatedly states his distrust for community.⁵⁴ That is why he has no favorable words for Martha Fineman’s *Myth of Autonomy*⁵⁵ and *Vulnerability Theory*⁵⁶. However,

50 Id. at. p. 233

51 Id.

52 533 U.S. 27 (2001)

53 532 U.S. 514 (2001)

54 Unpublished Class Seminars and Comments of the Outcome of 2016 US Elections.

55 MARTHA FINEMAN, *THE AUTONOMY MYTH: A THEORY OF DEPENDENCY*, (2004).

56 MARTHA FINEMAN, *THE VULNERABLE SUBJECT: ANCHORING EQUALITY IN THE HUMAN CONDITION*, (2014).

by acknowledging classical communitarian approach he is realistic to the existence of community.

I also do know that Terrell identifies with Ronald Dworkin on several issues and I believe that he should agree with Dworkin's view that society should remedy brute luck, however for option luck, let the individuals pay the price of their deliberate gamble. In his lectures, he often uses the analogy of motorcycle riders. They know riding to be a dangerous affair. By deliberately choosing to ride, if bad option luck was to befall such rider, it is Terrell's opinion that other members of the society should not be made to pay for the calculated risk the rider took when they chose to ride. That is why I believe that he should have no problem with national health care legislation that imposes a higher premium for one who owns a motorcycle. He should permit prohibition of higher premiums for strictly bad brute force inequalities such as fertility.

V - SUMMARY

Luck egalitarianism is a modest way of striving to limit inequality. It may not achieve equality; however, it does work to address differential inequalities mostly external, but sometimes internal, to individuals concerned. Justice must not only be done; it must also be seen to be done. If the masses are to be protected from falling for the populist appeal of nationalism, their interest must be protected. Their disadvantages mitigated, their voices heard and their dreams realistically entertained. Liberals should accept to mitigate the misfortunes from brute luck. This is because if they are to uphold the notion of justice as fairness – “equality in the assignment of basic rights and duties, and that social and economic inequalities...are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of the society”⁵⁷ – then they should also be willing to be mitigate the adverse effects of optional luck. Liberal democracy must provide a deliberate and genuine second chance to present the least advantaged members of the society the viable chance to recover from their bad luck and to rebuild their lives.

57 John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 13

4 - CONSTITUTIONALISM AND ACTIVE IDEOLOGICAL MILITANCY: REFUTING POPULIST NATIONALIST CLAIMS

How then will they call on Him in whom they have not believed? How will they believe in Him whom they have not heard? And how will they hear without a preacher? How will they preach unless they are sent? Just as it is written, "HOW BEAUTIFUL ARE THE FEET OF THOSE WHO BRING GOOD NEWS OF GOOD THINGS!"
- Romans 10:14 – 15 (New American Standard Version)

The quote above demonstrates the Christian zeal for spreading the Good News in the first century. They understood that for them to bring the change they wished upon the world, there was an urgent need to spread it. It was every Christian's duty to take part in the great commission. The Command – "[g]o ye therefore, and make disciples of all the nations, baptizing them into the name of the Father and of the Son and of the Holy Spirit: teaching them to observe all things whatsoever I commanded you: and lo, I am with you always, even unto the end of the world"⁵⁸ – issued to the individual and it was the mark of what it meant to be a Christian. That is how come Christianity could permeate the known world in less than three hundred years. The Christians knew that it was not possible to persuade people to a course unless they knew what the course is about. They could not know unless one reached to them and engaged them. They also knew that they needed to meet people at their various ideological positions. Convinced that they had a superior message, they knew that they could fulfil the gospel's commission. Of course, this is not what eventually won the world for Christianity, it was nevertheless the foundation upon which they built. How different is the liberal constitutional democratic project from the Christian beginnings? I posit that it is not different.

While democracy dates to the Greek civilization, liberal or constitutional democracy is not that old. As currently understood, it properly took shape post World War II. In response to the atrocities of Nazi Germany and the Imperial Japan, the world united in redefining notions of justice based on protection of the individual as a member of a community. It understood that the cloak of sovereignty may no longer justify a State's annihilation of parts of its population. Intolerance and hatred witnessed in fascist Italy, the racism experienced in Nazi Germany, and the

58 Matthew 28:19 – 20 (American King James Version).

arrogant nationalist pride displayed by Imperial Japan was never again to be accepted anywhere in the world. The world seemed to be united in holding that ‘an injustice anywhere is a threat to justice everywhere.’⁵⁹ It is here that the world rejected nationalism and populism. It is at the end of World War II that the world adopted liberal/constitutional democracy as we now know it. It is here that the idea of international community crystallized in the creation the United Nation and its organs. Communism, socialism, and liberal democracy jockeyed for prominence for four more decades. In 1989 when with the collapse of the Berlin wall, liberal democracy won and became the prominent system of governance. It declared that the world was open for business in the free marketplace of ideas. Thinking that its victory was decisive and permanent, liberal democracy provided the market, and the different ideologies went to work. Liberal democracy failed to display its wares at the marketplace, it failed to employ peddlers, and called upon to defend its legitimacy, its answer has repeatedly been that history, stability, the liberty that the world enjoys currently are its witnesses and defenders.

The war of ideologies never stopped. The communists, socialists, populists, and nationalist have been hard at work to redefine history. Even as the vividness of the horrors of World War II fade, they have doubled their effort at explaining away the causes of the war. Anyone who believes in liberal democracy must ‘go forth and make disciples.’ It is true that governments have conducted some campaigns, however, with the resurgence of competing ideologies world over, this will not be enough. If liberals hope to avoid the shock of the election of populists like Donald Trump, then every one of us must get out and speak for liberal democracy. Remember that –

[N]o political regime can or should insist that citizens be thinking about politics all, most, or even much of the time; people have many other things to do. But lack of interest in information about government should not be taken as inevitable or as a product of “human nature.” We know enough to know that lack of interest is often a result of inadequate education, perceived powerlessness, unsatisfactory alternatives, or a belief that things cannot really be changed. Indifference to politics is frequently produced by insufficient information, the costs of gaining more knowledge, poor educational background, or, more generally, an unjust status quo.⁶⁰

59 Martin Luther King Jr, *Letter from a Birmingham Jail*, 16 April 1963

60 Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories” (1995). Faculty Scholarship Series. Paper 268. Available at <http://digitalcommons.law.yale>.

Just as the populist are unabashed about their agenda, so also must the liberals unashamedly defend their ideals. They must give a historical evolution of this ideology. They must explain why their forbears considered and rejected other ideologies. They must highlight the arguments of the populists and bit by bit dismantle them. They must properly recount history and explain how the populist endeavor to distort it. They must be willing to engage and challenge populists and other ideologues to substantiate their claims and promises. They must ask them how this resurgence will be different from similar projects in the past which led the world to two world wars and claimed the death of millions of people.

Even now, Steve Bannon after being fired by Donald Trump has come out to explain Trump's win and what it means to the populist nationalist movement.⁶¹ He explains the preparatory meetings, the role of the Tea Party movement, the fledgling campaigns, the involvement of the economic nationalists, the recruitment of Kellyanne Conway as campaign manager, and his involvement with the campaigns. He is clear that the Trump project was a populist project through and through. He is clear that Trump is a 'very good' man who can realize the ideals of nationalist populism. He gives a very flattering definition of populism as "anti-elitism, anti-crony capitalism, it is basically the voice of the people of this country, saying that there is a corrupt prominent political class in Washington DC, inextricably linked to the financiers on Wall Street, and the high-tech community in Silicon Valley and in Hollywood interested in seeing the industrial base, the economic base of this country to be exported overseas... the expense of the working class in this country."⁶² He believes that America was built by her people, and pushed to explain what that means, he without fear of contradiction denies that America is a country of immigrants. He denies the role immigrants and slavery played in building the America nation. He explains that Trump has been implementing populist nationalism in exiting the Paris Pact on Climate Change, the Muslim ban, the building of the wall, and the elimination of the Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA).

Mr. Bannon confirms that this is the resurrection of the nineteenth century movements witnessed mostly in Europe but also in

edu/fss_papers/268 (last visited Feb. 7. 2018)

61 Charlie Rose Interview with Steve Bannon, 60 Minutes on CBC. Available at https://www.youtube.com/watch?v=KHvc_9Ee_x0 last accessed 09/14/2017.

62 Steve Bannon's definition available at <https://www.youtube.com/watch?v=ftVX-KI2okK0> accessed 09/14/2017.

America. He links the American populist movement that elected Donald Trump to the United Kingdom Independent Party (UKIP) that delivered on the Brexit. He is convinced that liberal democracy is doomed to being replaced by either by nationalism or populism. The only question for him is what brand of the two waves will be adopted in America and in Europe. Finally, he concludes by confirming that he will be Trump's wingman from outside. He declares war on liberal democracy, and he is convinced that they will not relent until anti-elitism (populism) wins. He is willing to sacrifice self for the larger course that he believes Trump is championing. They don't care who it is that is championing their course even if it is a New Yorker billionaire president with industrial plants in China. With this confession out in the open, what more call to action do we need? This is war, it is war of ideology, which can only be won or lost at that field. We must choose to engage.

In our engagement with the masses, liberals must also accept the failures of capitalist model of liberal democracy. It is not an idle talk to charge capitalism with some of the worst injustices of recent past. We must invite the masses to a roundtable. Everyone at the table must have an equal esteem and voice. This dialogue must take place within the nation state. Stalwarts of liberal democracy must be willing to be taken to task to explain the inequalities and the injustices that have followed the implementation of this system. They must also explain why the system is susceptible to abuse. Together, the population must agree to refine the ideology to ensure that the principle of justice as fairness is upheld. The debate begun at the state level must be extended to the international community. At the International Community, this debate must continue. Foreign policies that discriminate against the Global South and East, heartlessly exploit these countries through international agreements skewed in favor of the larger economies, dictate the adoption of alien governance models, and contradict the supposed equality of nations; must be dispensed with. The whole system must reform to truly reflect the ideals of liberal democracy. In these meetings, we must entertain proposals on how they undertake to remedial actions. This would involve review and evaluation of the performance of the system. It would involve the invitation of the least advantaged to give their observations and their thoughts on what went wrong and how it can be remedied.

Finally, liberals must reject elitism and adopt a comradeship that includes the masses. Liberals must remember that -

Although all should indeed have the vote, those with great capacity for the management of the public interest should have a larger say. Their influence should be great enough to protect them from the class legislation of the uneducated, but not so large as to allow them to enact class legislation in the own behalf. Ideally, those with superior wisdom and judgement should act as a constant force on the side of justice and common good, a force that although weak by itself, can often tip the scale in the right direction if the larger forces cancel out.⁶³

That should be the fullest extent of their privilege. That privilege should be exercised in favor of the common good. Elitism is the biggest problem of liberal democrats. Elitism alienates the leaders from the masses. It estranges the interests on the leaders from that of the masses. It is only natural that with time the interest of the masses is neglected, ignored, or altogether spurned. To demonstrate this point, let me use my example.

Liberals must reject elitism and reengage with the masses. They should remember Martin Niemöller's statement on complicity of many people including the church during the Holocaust -

First, they came for the Socialists, and I did not speak out—
Because I was not a Socialist.

Then they came for the Trade Unionists, and I did not speak out—
Because I was not a Trade Unionist.

Then they came for the Jews, and I did not speak out—
Because I was not a Jew.

Then they came for me—and there was no one left to speak for me.⁶⁴

Liberals must realize that humanity is in one vessel. The sufferings of one person should concern everyone one of us. Let liberals not think that the security of their vast wealth, will shield them from the anger of the impoverished, disenfranchised, and disgruntled masses when they choose to fight back. The elites must understand the anger and frustration of the masses and they must come up with a buy-in narrative that the least advantage member of the society will accept and own.

63 John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 205

64 Martin Niemöller, Quotation on display in the Permanent Exhibition of the United States Holocaust Memorial Museum. Available at <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007392> accessed on 09/14/2017.

5 - CONCLUSION

In combating populist nationalism, liberal democracies should remember that it is a clash of ideas not of arms. That is why Western democracies should hesitate from invading countries they consider a ‘threat to our way of life.’ Instead they must invest, as much resources as they are willing to avail to their troupes to fight losing battles in foreign lands, in the war of ideology. They must confront the ghosts of the past, address past, and continuing injustices and inequalities. Finally, liberal democracies must promote increased dialogue, active citizenship, and public defense of the liberal democratic ideology.



CRISIS DEL MULTICULTURALISMO, EL DERECHO DEL NIÑO ABORIGEN FRENTE A LA SALUD

EDUARDO JAVIER JOURDAN¹

EL CASO DEL ABORIGEN NIÑO JULIAN Y EL DERECHO A LA SALUD.

En el caso del presente artículo abordaremos la complejidad para conjugar la situación de los indígenas, el derecho de la salud, y específicamente la protección de los niños aborígenes.

En la actualidad se ha generado un álgido debate en las sociedades actuales respecto del alcance del pluralismo y especificidades culturales, sociales, morales y religiosas. Las cuales se encuentran arraigadas en grupos étnicos, preexistentes al propio Estado y que mantienen sus costumbres ancestrales y que históricamente fueron la cultura mayoritaria, hegemónica y dominante, y que se convirtieron en minoritarias a raíz de su destrucción en manos de genocidas civilizadores.

Este reconocimiento a la diversidad cultural –entendiendo cultura como todo el abanico de valores y creencias que organizan la vida de un grupo– exige por parte de los tribunales el conocimiento de las normas y de las diversas culturas, entre ellas la indígena.

No hay duda sobre la necesidad de respeto por parte de todos los poderes del Estado y los miembros de la sociedad, de las minorías culturales étnicas, imprescindible para asegurar la libertad y dignidad humana, aunque el respeto autonómico de las costumbres e instituciones indígenas constituyen muchas veces un componente crítico que incluso en ciertas oportunidades colisiona con la voluntad unitaria y unificadora de los gobiernos estatales, y que a menudo priorizan la unidad cultural por encima de la diversidad.

Pero que ocurre cuando a un bagaje normativo de protección constitucional al multiculturalismo le incorporamos un tinte como al considerar “La situación de los indígenas y el derecho de la salud, y la protección de los menores”.

En este sentido cabe plantearse ¿Existe un verdadero recono-

1 El autor magistrado en la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la provincia de Misiones, doctor en derecho, magister en derechos humanos y magister en magistratura y derecho judicial.

cimiento y respeto por la medicina tradicional?, ¿Existe una verdadera integración de las prácticas médicas tradicionales con las ciencias biomédicas convencionales?

Se tratará de dilucidar si la práctica de la medicina tradicional indígena se encuentra regulada, respetada y reconocida a nivel internacional, extranjero e interno, y que ocurre cuando esta entra en colisión con el interés superior del niño.

Para ello y como cuestión primaria hablando de los “derechos humanos de los pueblos indígenas” topamos directamente con una cuestión central.

Hace unos treinta años nos encontrábamos hablando en términos de los derechos humanos de los individuos perteneciendo a las minorías étnicas. Hoy día este enfoque individualista ha dado lugar a un mayor énfasis en el colectivo, el “pueblo”.

Este cambio de énfasis se debe largamente al surgimiento de movimientos indígenas o aborígenes en varias partes del mundo que han insistido de ser tratados como “pueblos”.

¿Qué tan importante es ser llamado de «pueblo» y no «minoría» o «población»?

Para ello y como cuestión primaria hablando de los “derechos humanos de los pueblos indígenas” topamos directamente frente a dos cuestiones centrales.

1. el de la igualdad entre todos los seres humanos; y
2. el de la no-discriminación.

Sabido es que el multiculturalismo arraigada en grupos étnicos, resultan preexistentes al propio Estado y que mantienen sus costumbres ancestrales y que históricamente fueron la cultura mayoritaria, hegemónica y dominante, y que se convirtieron en minoritarias a raíz de su destrucción en manos de genocidas civilizadores.

Este reconocimiento a la diversidad cultural –entendiendo cultura como todo el abanico de valores y creencias que organizan la vida de un grupo– exige por parte de los tribunales el conocimiento de las normas y de las diversas culturas, entre ellas la indígena.

Y si bien no hay duda sobre la necesidad de respeto por parte de todos los poderes del Estado y los miembros de la sociedad, de las minorías culturales étnicas, imprescindible, -reitero-, para asegurar la libertad y dignidad humana, de las costumbres e instituciones indígenas en ciertas oportunidades colisiona con la voluntad unitaria y unificadora de los gobiernos estatales, quienes a menudo priorizan la unidad cultural por

encima de la diversidad.

Ingresando al planteo, la práctica la medicina tradicional indígena se encuentra regulada, respetada y reconocida a nivel internacional, extranjero e interno, pero ¿qué ocurre cuando esta entra en colisión con el interés superior del niño y la salud? Interés superior y concepto de salud definido por el hombre blanco.

Hay que tener en cuenta que enfermar y curarse en el contexto de las poblaciones indígenas resulta algo sustancialmente distinto de lo que implica estar sano, estar enfermo y curarse en términos convencionales.

Son otros los parámetros considerados por los médicos nativos y por los enfermos en relación con la afección que padecen. Estar sano o estar enfermo depende de otros factores que no son pertinentes en la medicina convencional.

Para ilustrar el caso, el cual por supuesto desentraña un variado análisis que trasciende muy por encima una visión escueta que la eminentemente legal pueda darle y a la que me referiré a continuación, esta causa ha movilizado gran parte de la sociedad, y en la cual se han visto conjugados elementos legales, culturales, y protectorios de los derechos humanos.

La causa había sido caratulada Dirección de Programas Comunitarios de Atención primaria de Salud S/ Pone en Conocimiento” se trataba de la causa del niño aborigen de nombre “Julián”, perteneciente a la comunidad indígena Pindó Poty, localizada en el Soberbio, provincia de Misiones.

Las actuaciones que fueron iniciadas por la Directora de Programas Comunitarios A.P.S, en la que ponía en conocimiento la situación de salud en la que se encontraba el menor Julián A., hijo de L.V y C.A (ambos padres indocumentados y la madre menor de edad), aborígenes miembros de la comunidad aborigen Pindo Poty de la provincia de Misiones.

El niño padecía de una cardiopatía congénita enfermedad “ebstein”, con tumoración intracardiaca, razón por la cual se requería el traslado del Hospital donde se encontraba internado en la provincia de Misiones a un centro especializado de la ciudad de Buenos Aires, específicamente al Hospital Gutierrez de dicha ciudad. Razón por la cual se solicitó autorización judicial a fin de trasladar al niño.

En este estado correspondía analizar la situación desde la óptica del objetivo por el cual el Juez tomaría intervención en la causa (el estado de indocumentación del grupo familiar y estado minoril de la madre) la cual se tornaba necesaria para el traslado fuera de la provincia, de la autorización respectiva. Correspondiendo suplir la falta de capacidad de la misma a los fines de otorgar la presente autorización, y ante la falta de

representante legal, y la urgencia del caso, en función del interés superior del niño, es el Estado quien debía suplirla.

Se da curso a la acción y se arbitran los medios necesarios para poder efectivizar el traslado del menor, para lo cual son citados sus padres, asistidos por traductor oficial, quienes manifiestan en audiencia su plena conformidad a que su hijo sea trasladado a la ciudad de Buenos Aires a los fines de realizarse los análisis y estudios pertinentes.

Así las cosas, hasta aquí la cuestión no padecía de mayor complejidad. Pero el conflicto se suscita en ciudad de Buenos Aires y encontrándose el niño internado en el Hospital Gutierrez, donde recibía tratamiento desde hacía ya quince días, y a la espera de que las condiciones de salud se encuentren dadas para poder realizarle una intervención quirúrgica.

Los progenitores de Julián asistido por el jefe de la comunidad indígena, expresan su oposición a cualquier tipo de intervención del menor. Aduciendo que la medicina del hombre blanco no era la idónea para curarlo, que el plazo transcurrido en Buenos Aires internado era suficiente y que ninguna mejoría se había dado.

Solicitando que el niño sea traslado nuevamente a la Comunidad aborigen para ser tratado con la medicina ancestral, decisión esta que es apoyada por la comunidad, el cacique y los miembros del consejo de ancianos “opygua”. Formaliza esta presentación como “Protección de persona” la Defensoría Pública de menores e incapaces representante del Ministerio Pupilar de la Nación.

Ante esta presentación, y a los efectos de analizar la cuestión planteada se señala una audiencia con los progenitores, con asistencia de un intérprete, el coordinador de Consejo de ancianos y guía espiritual de la Nación Mbya Guaraní, y el miembro de la comisión de Juristas indígenas de la República Argentina, a fin de poder mantener un dialogo en forma interactiva y plenamente comprensible².

En esta audiencia los progenitores manifiestan y consienten que se le continúen realicen todos los estudios y prácticas que correspondan a los fines de que su hijo se pueda reponer, aunque oponiéndose si, a toda practica o estudio que implique intervención quirúrgica.

Como hemos visto en el seminario los chamanes pueden acceder, desde un punto de vista visual, de los no-humanos: desplazándose

2 Pueblo antiguo de raíz amazónica, se encuentra integrada por más de 70 comunidades que habitan en la provincia de Misiones y una población estimada de 4000 personas, muchos de ellos viven también en Brasil y Paraguay, migrando de un lugar a otro, dividen aldeas y crean otras nuevas.

por los niveles del universo perciben y conocen la naturaleza humana de los no-humanos. Y es por ello que luego de trasladarse por diversos mundos, los chamanes transmiten la información que adquieren de los habitantes de estos mundos.

En ese sentido, los médicos blancos le prescribieron un cáncer en el corazón y la necesidad de operarlo, y el Opyguá, su líder espiritual, soñó que Julián tenía una piedra en el corazón del niño, se trataba de una enfermedad espiritual, que bajo la cultura Mbya se trataba del “mal del viento, una enfermedad propia del monte, que puede darse cuando entra, al respirar, un espíritu malo al cuerpo. Bajo la mirada Mbya Guaraní el cuerpo no puede enfermarse o sanarse independientemente del espíritu. Por ello la comunidad pidió su regreso a la aldea para curarlo con la medicina del monte.

El chamán posee una condición de curador ya que los no-humanos le indican qué plantas medicinales utilizar para cada enfermedad y las causas de la enfermedad que aflige a su paciente.

Sobre esta premisa, fundan su oposición en su cultura, costumbres y creencias ancestrales del pueblo al que pertenecen³, por ello consideran que lo más apropiado es que su hijo se reponga y así pueda viajar a Misiones donde puede ser asistido con su medicina aborigen y la medicina del hombre blanco en el Hospital de Misiones.

De igual manera reafirman su oposición a la intervención quirúrgica en la circunstancia de que los médicos del nosocomio dan escasas probabilidades de que su hijo sobreviva.

Ante esta afirmación, se requirió al Hospital Gutierrez para que remitiera informe del estado actual en el que se encontraba el menor, y el avance de la enfermedad.

Los médicos blancos prescribieron una cirugía cardíaca, mientras que el líder espiritual de la comunidad soñó que el niño tenía una piedra en el corazón y pidió que regresara a la aldea para curarlo con la medicina del monte.

Del informe suministrado por el nosocomio surgía que si bien el tratamiento y futura cirugía que se debía realizar tenía un importante riesgo en la vida del paciente, también dejaba en claro que dadas las condiciones y pronóstico del paciente, sin recibir un tratamiento adecuado y una posterior intervención quirúrgica indefectiblemente llevaría al niño

3 Los Mbya guaraní, son muy religiosos y han fundado gran cantidad de mitos sobre el origen de los dioses, el hombre y la naturaleza. Creen en la vida después de la muerte, en una tierra ideal de felicidad y justicia divina.

en un corto plazo a un desenlace fatal

El cuadro médico para proceder a la intervención quirúrgica requería de autorización de los padres, la cual si bien inicialmente se realizó en concordancia con la voluntad de los padres del menor, esta fue expresamente revocada con posterioridad.

Ante este panorama correspondía resolver el planteo en un marco de razonabilidad, pues pese que el dictamen médico no aseguraba con certeza que la intervención tuviera éxito, también manifestaba el peligro inminente en la salud del paciente en caso de no realizarse, en todo caso la decisión superaba ampliamente la situación que motivara la intervención del tribunal.

Se trataba de definir entonces, la vida de un niño indígena en grave estado de salud y riesgo, que de no ser intervenido quirúrgicamente no tendría posibilidad alguna de sobrevivir; y que la medicina que podía proporcionar nuestra cultura era factible que salvará al mismo, la cual si bien en la presente causa no era infalible, era la única alternativa posible para sobrevivir.

Pero realizar esta cirugía implicaba necesariamente una elección, entre la salud del niño, o la voluntad de los padres arraigadas en creencias ancestrales de la comunidad indígena que se oponían a la misma.

Frente a la universalidad de los derechos humanos, nos encontramos con la realidad de la diversidad cultural, entendida como en la presente causa en la diversidad étnica, y que aparece como un factor de legítima resistencia, de finalidades hegemónicas, las que, desde un punto de vista, al menos, aparecen como cuestionables.

El caso presentaba la exigencia de un verdadero análisis intercultural, ejes sobre los cuales debe en definitiva analizarse la situación, no aplicar una fría norma jurídica a una causa sin más, sino que se trata de diferenciar, de distinguir el caso particular, justamente porque el mismo posee tintes de particularidad. Particularidad en el sujeto, con costumbres diferentes, tanto sociales, religiosas y morales.

El planteo surge entonces...

-Debería primar en esta instancia, el valor reconocido constitucionalmente de las costumbres y cultura de los pueblos indígenas, ancestrales y milenarias, anteriores a la cultura traída a estas tierras por los blancos, entre las que se encuentran el ejercicio y reconocimiento legal de la medicina indígena tradicional, y el suministro de sus propios tratamientos, incluyendo prevención y rehabilitación⁴.

4 El derecho humano a la salud de los pueblos originarios. En relación a la defi-

-O bien, debería otorgarse prioritariamente la aplicación de la medicina del hombre blanco que al tener tecnología y haber experimentado avances a lo largo de los años, puede eventualmente mejorar la situación del menor-.

Nos encontramos frente a dos derechos reclamando por un mismo espacio, disputándose el mismo lugar. Con lo cual alguno de los dos derechos debe ceder. Es una situación en la cual algo importante y que valoramos se va a perder, y lo que tenemos que lograr es que esta pérdida afecte lo menos posible aquello que más valoramos. En consecuencia se debe justificar cual es el derecho que va a perder más, cuanto va a perder y por qué razones. Incluso nos lleva a discutir, por que un derecho es más importante que otro. Y esta es una discusión que nos involucra a todos, porque involucra a los derechos constitucionales, que debe estar al alcance de todos y pensada como tal, y no como algo reservado exclusivamente a los juristas.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ LA CUESTIÓN?

Bien es sabido que todos los derechos tienen un límite, no son absolutos por lo tanto, no se puede hacer cualquier cosa en nombre de un derecho, y frente a este conflicto de intereses que debe ser dilucidado, y en el cual un niño forma parte, se ha optado por aquella solución que bajo la mirada del hombre blanco mejor correspondía a la satisfacción de los intereses del niño. Es decir que finalmente, decidió el sistema judicial del hombre blanco.

Sobre esa premisa se decidió continuar con el tratamiento en el Hospital Gutierrez, donde se consideró esencialmente el interés superior del niño, que supone para el Estado una limitación o una orden para él mismo. Conjugado este con el valor vida, otro elemento esencial y que también ocupa un lugar ejemplar en nuestra legislación y en el propio derecho natural. La vida es lo más sagrado que se tiene, y debe estarse en favor de la preservación de la especie humana, en con-

nición de salud dada por la OMS (la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades), hay que decir que la misma va más allá del paradigma biomédico occidental tradicional, que trataba el cuerpo, la mente y la sociedad como entidades distintas, y refleja un concepto más holístico de la salud. Los pueblos indígenas tienen un concepto similar de la salud, pues el bienestar es la armonía entre los individuos, las comunidades y el universo.

secuencia si la voluntad de los progenitores pone en riesgo la misma, debe priorizarse la primera.

Por ello, se resolvió... “respetar la voluntad de los padres, siempre y cuando esta voluntad no ponga en juego la vida de menor, debiendo en este supuesto, los médicos proceder a realizar todas las diligencias necesarias a fin de salvaguardar la vida del menor”.

Y si bien, se pretendió minimizar la cuestión que la decisión judicial no procuraba desconocer la diversidad cultural, el cual constituye uno de los desafíos actuales en los derechos humanos, en definitiva se resolvió por la medicina del hombre blanco, sobre la premisa de que posee mayor eficacia y seguridad para el niño.

La resolución puede recibir severas críticas desde la concepción de los derechos humanos, pues en cierta manera se desvalorizan los contextos culturales a los que pertenecen los padres del menor. También desde otra óptica se debe plantear si el derecho de tradición, cultura e identidad debe tener un carácter prioritario absoluto frente al derecho a la vida del menor.

Creemos humildemente que en una sociedad integradora, resulta una obligación social, revertir la marginalidad, en la que se encuentra la población aborigen.

Y si bien en el plano jurídico la reivindicación de los pueblos indígenas en espacios locales, nacionales e internacionales se ha visto favorecido por el reconocimiento de derechos en leyes y políticas públicas, si estas no se realizan en el plano social, pierden su asidero político.

Remitiéndonos brevemente a la historia de nuestro país, en cuanto derechos de los Pueblos Originarios refiere, nuestra Constitución Nacional, tiene dos períodos bien definidos: el anterior y el posterior a la reforma realizada en 1994.

La Constitución de 1853 fue uno de los elementos fundamentales de nuestra Nación.

En el artículo 67 inciso 15 de la Constitución Nacional de 1853 establecía, en referencia a las atribuciones del Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Estamos en un entorno en el cual los Pueblos Indígenas no tenían espacio, incluso se implementaba políticas de exterminio liso y llano basadas en las premisas constitucionales de “proveer a la seguridad de las fronteras”, “el trato pacífico con los indios” y “su conversión al catolicismo”. Esa Constitución condenó de muerte a los Pueblos Indígenas y con

ellos, a cada una de sus culturas.

La segunda mitad del siglo XIX está ligada a la consolidación jurídica e institucional del Estado Argentino mediante la reforma del año 1994 y con ella la adhesión a los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen principios que hacen a la verdadera igualdad y a la no discriminación.

Así, nuestro país entra en un nuevo tiempo internacional y ratifica en 1992, por Ley 24.071, el Convenio 169 de la O.I.T., que consagra los Derechos que los Aborígenes del mundo reclaman⁵.

Como corolario de este debate, el niño guaraní luego de ser operado, pese que sus padres se opusieran por diferencias con la medicina tradicional, murió en su aldea en la selva de Misiones. Al poco tiempo falleció su hermano menor, la explicación del opygua fue que el alma del niño Julián era demasiado débil y por ello se requería el alma de su hermano menor, Agustín, el cual era más fuerte y permitía el paso de ambos hacia su paraíso, esto es la tierra sin mal.

A modo de conclusión creemos humildemente que no podemos agotar el tema en el presente caso y debemos considerar que en una sociedad integradora, resulta una obligación social, revertir la marginalidad, en la que se encuentra la población aborígen.

Si bien en el plano jurídico la reivindicación de los pueblos indígenas en espacios locales, nacionales e internacionales se ha visto favorecido por el reconocimiento de derechos en leyes y políticas públicas, si estas no se realizan en el plano social, pierden su asidero político.

Para lograr esto es necesario que las identidades indígenas se reconstruyan en razón de su historicidad, de esta manera se estaría revirtiendo una actitud de desvalorización cultural que ha sido una constante de la relación de las culturas civilizadoras hacia las indígenas.

Con respecto a los derechos de los Pueblos Originarios, la Constitución Nacional Argentina, posee dos períodos bien definidos: el anterior y el posterior a la reforma realizada en 1994.

La Constitución de 1853 fue uno de los elementos fundamentales de la Nación Argentina.

5 Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ley 24.071, B.O. 20/04/92): Del art. 2.2, en cuanto a la obligación –en este caso, del gobierno argentino– de asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad.

En el artículo 67 inciso 15 de la Constitución Nacional de 1853 establecía, en referencia a las atribuciones del Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. En aquella, los Pueblos Indígenas no tenían espacio, toda vez que el propósito era engendrar un país puramente poblado con inmigrantes europeos; situación que en los hechos devino en la implementación para con los habitantes originarios de estas tierras, de políticas de exterminio liso y llano y/o de “integración” violenta, basadas en las premisas constitucionales de “proveer a la seguridad de las fronteras”, “el trato pacífico con los indios” y “su conversión al catolicismo”.

Esa Constitución condenó de muerte a los Pueblos Indígenas y con ellos, a cada una de sus culturas.

Será la reforma constitucional del año 1994, donde surgió la idea de incluir el reconocimiento a los Pueblos Indígenas, ya que con ella y con la incorporación de los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional, hay un cambio esencial en la recepción de los derechos indígenas y en la interpretación y obligaciones del Estado frente a esta problemática específica⁶.

BIBLIOGRAFÍA

Bonfil Batalla (1992): *Identidad y Pluralismo Cultural en América Latina*, Buenos Aires, Fondo Editorial del CEHASS.

Briones, Claudia (1998): *La alteridad del Cuarto Mundo: una reconstrucción antropológica de la diferencia*, Buenos Aires, Ediciones del Sol.

Carrasco, Morita (2000): *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Argentina: IWGIA.

Cervera Novo, Juan Pablo (2010): “La cuestión indígena en la Argentina, un estudio de actualización”, *Estudios e investigaciones*.

6 En el orden internacional, en 1992, a través de la ley 24.071, Argentina adoptó el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo (OIT), y por ley 24.375, se ratificó el Convenio sobre Diversidad biológica. En el 2000, se ratificó el primer Convenio, que entró en vigencia el 3 de julio del 2001. En 1995 se aprobó, por ley 24.544, la Constitución del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (ONU). En 1997, la ley 24.874 adoptó el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (ONU).

PAUTASSI, Laura; RAMÍREZ, Silvina (2013). Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios. En CLÉRICO, Laura (Coord.). Tratado de derecho a la salud, volumen I, pp. 603 a 626. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CIRUZZI, María Susana; AIZENBERG, Marisa (agosto de 2014). El Derecho a la Salud de los Pueblos Originarios y Migrantes: ciencia, etnia, cultura, valores y creencias. Hacia una medicina intercultural. Revista En Letra, pp. 111 y ss.: Pueblos originarios en Argentina: disponible en <http://pueblosoriginariosaprender.blogspot.com.ar>



LA ORALIDAD Y EL LEGADO DE UNA JUSTICIA ANCESTRAL¹

ALVARO CAMARGO SOLANO²

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de reflexión hace un sondeo no exhaustivo acerca del lenguaje oral, su importancia comunicacional y su transfiguración en lengua escrita, enfatizando en su permanencia como legado insustituible en el desarrollo social. Se parte de la formulación de la pregunta ¿cuál es la vigencia de la oralidad en los procesos para impartición de justicia en el entorno contemporáneo?

Es así como, partiendo de las categorías de oralidad y legado ancestral se busca iniciar una reseña de lo que el lenguaje hablado ha significado para las generaciones actuales como mantenimiento de tradiciones que llevan en sí saberes, ritos y técnicas que son un legado universal para las civilizaciones actuales.

De manera muy concreta, la oralidad se refiere a un modo de comunicación que accede a la enunciación verbal a través de *palabras* y cuyo sistema se compone de unidades abstractas, los fonemas, así como del sonido o el vibrar de las cuerdas vocales de nuestro aparato. Pero más allá de la *Oralidad* como descripción del acto fonador que distingue al ser humano como especie con mayor capacidad de comunicación simbólica mediante signos, se puede hablar de la oralidad como resultado de una primera etapa de la evolución humana. La transmisión resulta en una vía de información, exteriorización de ideas, traducción de mitos, leyendas, anécdotas cotidianas y, en general, de un eslabón de vinculación de pen-

1 Trabajo desarrollado dentro del proyecto de investigación; “*la oralidad un legado ancestral*” en ejecución del convenio marco y específico de la Universidad La Gran Colombia y la Universidad De Valencia -España-

2 Doctor en Educación de la UPEL, Magister en Investigación, especializado en Derecho Administrativo, Docente titular de derecho público, laboral e investigador de la Universidad La Gran Colombia. Investigador principal del Proyecto “La oralidad, un legado ancestral” grupo de investigación Derecho Constitucional Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad, línea de investigación Derecho Constitucional y Responsabilidad del Estado. Líder del Semillero Ciro Angarita Barón. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico alvarocamargolaboralista@hotmail.com

samiento de los grupos. El discurso oral compendia un hecho que revela relaciones sociales y delinea identidades y culturas propias.

La oralidad, más allá de su función de vinculación humana identifica una manera de entender un mundo particular. Es así como la palabra hablada concurre como intermedio de preservación de los distintos acervos culturales mediante la transmisión de los conocimientos ancestrales. Al igual que otras formas de lenguaje, como el escrito o el gestual, la oralidad, para aludir a Paz (1972), constituye un sistema expresivo dotado de poder significativo y comunicativo, donde la palabra refiere a una cierta potencialidad de direcciones y sentidos que, desde tiempos inmemoriales ha primado en el desarrollo de las distintas civilizaciones. De otra parte, para Montemayor (1996), la oralidad comprende el *arte de la lengua* como transmisión de conocimientos, la *comunicación oral* como forma de relación y el *habla* como la capacidad dialogante de socialización. La oralidad de los pueblos ha representado su máximo patrimonio, pues a través de la *tradición oral* la palabra delata el contexto cultural del que es su producto, el legado de los pueblos que identifica costumbres, acontecimientos, interpretaciones de la realidad, saberes culturales que explican el mundo comunitario, informa desde rituales y conocimientos técnicos y tecnologías, de historia que incluye lo trascendente y lo cotidiano. Como lo expresa la Unesco (2003), la oralidad de los pueblos incluye usos, expresiones, conocimiento, técnicas, junto con instrumentos objetos artefactos y espacios culturales. Tales herencias culturales o *legãre* se soportan en la *memoria*, la cual archiva la experiencia en la cual, por ejemplo, los grupos minoritarios indígenas mantienen su supervivencia.

Es así como, ante un legado ancestral viabilizado por la oralidad un grupo humano puede recuperar experiencias, evaluar procesos culturales con diferentes destinos y vincularlos a soluciones de problemáticas presentes. Es el caso de la contemporaneidad en los cuales, algunos de los muchos países como Colombia o Venezuela, cobra relevancia la cultura indígena que ha sido prevista en los cánones legales y en igualdad de derechos. Sin embargo, señala Civallero (2006), en las sociedades con texto escrito se localizan nichos en los que esta forma de comunicación no es la regla sino la excepción, es así que se conserva lo oral.

En la difusión del conocimiento el apoyo de la imprenta proporciona una mayor eficiencia, suministrando la posibilidad de saber de buena tinta los cambios y desarrollos en todas las sociedades, contribuyendo ampliamente en la producción de trabajos antropológicos como parte de los estudios culturales. Ahora bien para difundir la

experiencia de la oralidad, solo se requiere un nivel básico de la lengua propia para ingresar al universo de lo hablado, contado y compartido en público o en familia, acogido en las voces de sus protagonistas. Con su evolución mucha sabiduría se mueve a través de los circuitos orales. Allí existen y reinan los ancianos memoriosos, los poetas, los relatores, los cuentacuentos o los rapsodas. Aunque también reside en las celdas monacales de los escribas, los claustros expertos y las bibliotecas de siempre. No en vano algún anónimo refería a ese sitio del habla escrita y de las memorias humanas, como “un tercer mundo en el que ante su falta los hombres pasarían sobre las cerillas muriendo de frío” (Civallero, 2006).

1 - LA ORALIDAD EN LAS CULTURAS PRIMERAS

Los *aedos* personificaron profesionales del oficio de cantar acompañados con un instrumento de cuerda similar al laúd o a una lira pequeña. Abundaban los aedos ciegos como Demódoco, el cantor que amenizaba las veladas en la corte de Alcinoos, rey de los feacios de la Odisea, quien cantó ante Ulises episodios de la guerra de Troya (Homero, Canto III).

Luego, los poemas dejaron de ser cantados para ser recitados, por los llamados *rapsodas*, o *zurcidores de cantos* que podían empalmar unos cantos con otros o, diferentes partes de un mismo canto emitiéndose alterar el orden de su relato recitando al ritmo de un bastón para su verso, en ese momento de la antigua Grecia. En África, que comparte cantidad de pueblos ágrafos, el *Djele-Griot* era y es uno de los personajes más representativos y respetados de la tribu, con una tradición de al menos 1.600 años. Actuaban éstos, además, como consejeros de los líderes tribales.

Bien adelante en el tiempo, *¡todo está en la palabra!* diría Neruda en 1974, “tienen sombra, transparencia, eso, plumas, pelos, tienen de todo lo que se les fue agregando de tanto rodar por el río, de tanto transmigrar de patria, de tanto ser raíces... Son antiquísimas y recientes” (Neruda, 2011, p. 58). Pero al comienzo del calendario gregoriano se dijo, en el Libro católico de la Biblia, refiere en los escritos de Mateo que “no solo de pan vive el hombre, sino de toda palabra que sale de la boca de Dios” (Nuevo testamento, - Reina Valera 1960). Sumado a ello, se reconoce también en libros sagrados de creación como el *Popol Vuh*, el *Chilam Balam*, el *Rabinal Achi*, declaradas obras maestras de la tradición oral, o el *Memorial de Sololá*, de pueblos indígenas en Yucatán y en Guatemala.

Todos son expresiones de un pensamiento mítico ancestral que

identifica concepciones fundamentales de las culturas arcaicas y surge como respuesta sobre el mundo y su misma existencia. Como lo explica Eliade, este pensamiento se percibe "...como una historia verdadera, y lo que es más, una historia de inapreciable valor, porque es sagrada, ejemplar y significativa" (2011, pág. 5). Reconoce entonces que las mitologías primitivas que se han conocido en estadio oral, se han transformado y enriquecido o por otras culturas superiores o por hombres dotados para ello.

Aún hoy, en las comunidades campesinas la oralidad se privilegia a la escritura, los relatos perpetúan cosmovisiones de siglos que explican el origen de cada elemento y el significado de cada símbolo mágico, explicando curas para todo tipo de males del cuerpo y del alma, transmitiendo cantares, dichos o proverbios que reflejan el espíritu del pueblo su sabiduría, su idiosincrasia y su modo de actuar en el mundo y de comprenderlo. En las sociedades urbanas la trasmisión oral mantiene vivos recuerdos familiares y grupales en historias de migración hacia dentro y fuera, puntos de vista particulares sobre grandes acontecimientos nacionales, tradiciones, juegos, artesanías y cuentos que solo se transmiten oralmente y no suelen coincidir con los oficiales. Manifestaciones culturales teatrales, las canciones, la música, las telenovelas llevan consigo signos de oralidad. También sucede con los grupos desplazados del campo a las ciudades, con dolo y necesidad que traducen identidad e historia significativas.

En el pasado, el choque de culturas que sucedió al proceso de colonización generó la pérdida de historias, de narraciones, se silenciaron tradiciones y de las lenguas irrespetadas solo algunas lograron preservarse. Con cada lengua extinta un caudal de información se va con ella pues el lenguaje representa un medio expedito para simbolizar la realidad. Con su extinción se liquida un código de comunicación y una percepción de la existencia.

Actualmente, según Lee (2010), el multilingüismo en América Latina se mapea a través de los países. En Colombia se hablan unas 70 lenguas, en Perú unas 60, en México alrededor de 50, en Bolivia 30, en Guatemala 20, en Chile 10, aproximadamente. No todas conservan su fortaleza y algunas de ellas podrían estar a punto de extinción. El *náhuatl* que hablaban los aztecas antes de la llegada de los españoles funcionaba como lengua franca o común dentro de su imperio. Hoy lo hablan unos 2 millones de habitantes en México, Guatemala y El Salvador. El *quiché* es la lengua maya más conocida y la hablan en el sur de México, en Guatemala y en Honduras más de medio millón de personas. El *quechua*, idioma oficial del imperio Inca lo hablan aproximadamente 11 millones de personas. El *aimara*, también en Bolivia y Perú, tiene algo menos hablantes que

el quechua. El *guaraní* se habla sobre todo en Paraguay y el *mapuche* es el idioma indígena más hablado de Chile pues se calcula que actualmente lo usan cerca de medio millón de personas. Otras lenguas, en cambio, tienen un reducido número de hablantes, pero su variada representación de culturas orales en Latinoamérica evidencia una oralidad que es legado ancestral perviviente en estas comunidades latinoamericanas.

2 - ORALIDAD Y MEMORIAS DE GRUPO

El sustentar la memoria colectiva en la tradición oral emplaza la preservación del lenguaje del grupo. Hay algunos autores que han incurrido en la comprensión de dichas memorias grupales. Uno de ellos en *La memoria colectiva*, observa que, como asiento de la oralidad “contribuye a evocar y mantener recuerdos impersonales, en la medida en que estos interesen al grupo” (Halbwach, 2004, p. 52). El autor en su disertación alega que la memoria colectiva evoluciona distinto que las individuales pero las envuelve. Estas últimas... “cambian de rostro en cuanto vuelven a colocarse en un conjunto que ya no es una conciencia personal” (p. 54); permite preservar la herencia social y manifiesta una dinámica de representaciones entre memoria personal y memoria social. Halbwach distingue entre *memoria colectiva e historia*, diferenciándolas en el hecho de ser vividas o ser aprendidas; la historia sofoca la tradición, mientras que un recuerdo sigue vivo mientras haya testigos que lo conserven. Lo explica el autor “como cuadro de acontecimientos y las memorias colectivas como foco de tradiciones” (p. 84).

En otro sentido, memoria social y patrimonio se hacen coincidentes al ser ambas una construcción social que permite reelaborar la continuidad entre pasado y presente e identifica significados y sentidos que son compartidos en los grupos sociales como patrimonio cultural. Tales elementos culturales, para Bonfil (1991), dinamizan las acciones sociales en su función de “...mantener la vida cotidiana, satisfacer necesidades, definir y solventar problemas, formular y tratar de cumplir aspiraciones...” (p. 171). Según la naturaleza y propósito de cada acción cultural pueden ser materiales, formas de organización, de conocimiento, simbólicas, emotivas o subjetivas; estas últimos incluyen las representaciones colectivas y las creencias. Es lo que la UNESCO (2003) ha denominado el *patrimonio cultural inmaterial* este se manifiesta en las tradiciones y expresiones orales de un grupo; entendiéndose *tradición oral* como “...

el conjunto de todos los tipos de testimonios sobre el pasado que son transmitidos verbalmente por un pueblo”. El patrimonio se recrea a través de sus prácticas y formas de expresión, la tradición evoca la idea de transmisión y su labor de legar.

Al respecto, en *Memoria cultural y comunicativa*, Assmann (2008), un estudioso de las culturas egipcias precristianas, expone estos conceptos retomando el estudio sobre la *memoria colectiva* ya señalada por Halbwach. La expresión memoria colectiva plantea la conexión entre tiempo, identidad y memoria, lo que es a su vez una *memoria cultural*. Esta última ha de ser “exteriorizada, objetada y almacenada en formas simbólicas que, a diferencia de los sonidos de palabras o de la visión de gestos, son estables y trascendentes a la situación” (p. 118), de allí su condición de ser transferibles. El papel de los símbolos externos resulta significativo para el recuerdo y así se construyen...”monumentos, museos, bibliotecas, archivos y otras instituciones mnemónicas” (p. 119). Este conocimiento del pasado o uso de la memoria se relaciona con un concepto de identidad. La memoria cultural es local y específica a un grupo y sus valores respondiendo a un orden ceremonial con grados de complejidad, objetivación y abstracción como los mitos orales o los ritos cívicos y placas conmemorativas que identifican lugares o personajes, entre otros símbolos.

3 - ORALIDAD Y LA CULTURA DE LA IMPRENTA

La historia identifica en la baja Edad Media la realización de copias manuscritas, hechas fundamentalmente por monjes escribanos. En ese momento la xilografía era utilizada en China, Japón o Egipto para reproducir dibujos. Incluso antes de estos puntos históricos había otras formas de reproducción, pero se le ha asignado a *Gutenberg* el papel inicial de la impresión tipográfica. Hijo de orfebre, alemán, su interés fue editar la Biblia de 42 líneas y en dos columnas alrededor del año 1440. Se trataba de las *Escrituras de San Jerónimo* en versión latina, editada en 120 ejemplares y 20 en pergamino. Fundida en metal cada una de las letras del alfabeto ideó un sistema para ponerlas de manera continua y sujetarlas, agilizando la composición de las páginas. Tras un largo salto hacia este lado del mar, la aparición de la prensa en México llega con los jesuitas hacia 1539 (Medina, 1958).

En Colombia las primeras publicaciones de la Compañía de Jesús están fechadas en 1738. La Imprenta Real sería fundada en 1777

y la *Gazeta de Santafé* hace el primer tiraje de la prensa oficial. Luego, la existencia de la *Imprenta Nacional* está vinculada a la gestión de gobernantes y dirigentes que se disponían a...”garantizar la fidelidad jurídica y administrativa, mediante la reproducción y la divulgación de las normas oficiales, para la conservación de la memoria del Estado de generación en generación” (Medina, 1958, p. 1). La llegada de la primera imprenta en Colombia concuerda con la independencia política del siglo XIX y, para Loaiza (2014), entre muchos autores, en esas luchas intervinieron personajes cercanos a ese avance técnico que entendieron el poder de la lectura y escritura. Estos “tenían un reto apremiante, construir una estabilidad en la comunicación política, fabricar la ilusión de noticias ciertas, sistemáticas y, por supuesto oficiales...” (p. 45). La cultura impresa fue un novedoso medio para la circulación de la oralidad en nuevas formas y usos de impacto social.

En el mundo la difusión de talleres, la rapidez del proceso en contraste con los escribas. La producción en la era de la imprenta manual sobrecarga de trabajo a bibliotecarios y estudiosos del siglo XVII y lo mismo sucedería al llegar la imprenta de hierro y vapor. Este fenómeno acompaña el progreso de la Reforma protestante, el Renacimiento y la ciencia moderna. En paralelo la oratoria pública, de mucho antes en la historia con Quintiliano en el siglo I, y la alocución, eran valoradas y enseñadas en las escuelas de derecho quince siglos después para formación de abogados expertos en alegatos.

En su texto *La Revolución de la imprenta en la Edad Moderna Europea*, Eisenstein (1994) realiza observaciones a las obras de Mac Luhan y Vansina en tanto considera que ambos, como algunos historiadores lo hacen, parecen centrar en la invención particular de Gutenberg el único factor de cambio europeo, en una interpretación que resulta unicausal. Le parece poco acertado que se perciba el cambio de una cultura oral a una cultura impresa, en una amnesia histórica pues si bien la imprenta modificó la comunicación escrita dentro de la *Republica del conocimiento*, lo que sí alteró fueron los métodos de recopilación de datos, los sistemas de su almacenamiento y recuperación y las redes de comunicación usadas por las comunidades letradas de toda Europa. Para recordar el abismo entre las culturas oral y letrada Eisenstein considera impreciso adjudicar a la imprenta el hábito de *la lectura del silencio* que señala McLuhan, pues esto se hacía en la época de los amanuenses. La recurrencia a los *instructores callados* no generó que se disminuyera el recurso a la palabra hablada en todos los casos. La industria editorial no eliminó las lecciones de clase, ni la pré-

dica en los púlpitos o las disertaciones de los rectores de sus palestras, todas disertaciones y sermones que impresas robustecían el carisma personal de sus emisores. A pesar de la revolución impresa las prácticas de transmisión oral y los circuitos de recepción no desaparecieron.

4 - RECONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO DE LA ORALIDAD TRADICIONAL

Autores como Parry, 1928; Lord, 1960; McLuhan, 1962, Havelock, 1963; Godoy 1977, y posturas divergentes como Derridá, 1967; Levi-Strauss, 1975 o Finnegan, 1987, según Ong (1987), reconocen que los poemas homéricos, producción hito para el mundo occidental, pertenecen a la historia oral y estudian cómo ha sido su proceso de conservación y transmisión. En ese sentido escribe Petrie (1995) que la conquista de la Eólida es la simiente histórica del corpus de la poesía épica... "que luego brotará en Jonia y es universalmente conocido bajo el nombre de Homero" (p. 12). Ciertamente la épica fue el género literario más influyente en esos momentos con su manifiesta expresión narrada de valores espirituales y artísticos, pues las pequeñas distinciones del lenguaje, entre los poemas homéricos, son calificadas por algunos estudiosos como la razón para creer que hasta entonces habían sido transmitidas oralmente.

Al respecto, Wolf en su obra *Prolegómenos de Homero* de 1725 intentó demostrar que dichos escritos fueron fragmentos épicos compuestos por distintos aedos y de épocas distintas, con lo cual no asumió la hipótesis de que no pertenecían a Homero (Wolf, 1985). Parry (1928) defiende el carácter oral de la obra homérica y en su tesis *El epíteto tradicional en Homero* reconstruyó los métodos orales de composición de los poemas homéricos, para lo cual realizó un análisis del verso explicando que no era el significado la cantidad de epítetos utilizados, sino que su autor recurrió a ellas por las necesidades métricas del verso hexámetro. Las ideas de Parry fueron compartidas y continuadas por Lord (2000), profesor de literatura eslava, quien estudió la experiencia oral en grupos yugoslavos y bosnios vinculados a la épica homérica encontrando estrecha coincidencia. De su extensa disertación llega a que la adición y el uso de repeticiones son propios de la tradición oral, representando un arte continuo que viene al presente y sigue más allá mientras la tradición viva.

Havelock (1994) es un autor también preocupado por las condiciones de producción y transmisión de, principalmente, la tradición oral. Con referencia a diversos textos de países diferentes en los que el estudio del tema sobre la tradición oral y el tránsito a la escritura lleva a sus repercusiones sobre la manera de concebir la naturaleza y las relaciones sociales, en la vida religiosa y en la acción poética. Entre estas obras, *El pensamiento salvaje* de Lévi-Strauss; “The consequences of Literacy”, artículo de Goody y Watt, *La Galaxia Gutenberg* de McLuhan; *Animal Species and Evolution* de Mayr, y su propia obra *Prefacio a Platón*, de 1994 (Havelock, 1996, p. 48-49). Con esto demostró el interés contemporáneo por la experiencia oral, su vigencia y transición desde épocas anteriores.

La oralidad y la escritura son complementarias, resultando en distintas formas del lenguaje. Los pueblos orales consideraban la palabra como otorgadora de poder pues cada individuo sabía sólo lo que era capaz de recordar. La enunciación oral que se origina en el interior de los organismos vivos es dinámica y las palabras entrañan un potencial mágico. Havelock estima que la palabra hablada real no puede ser rotulada como en la escritura (p. 40), esto muestra el poder de la representación que permite la palabra en su sentido sonoro y como signo, pues las palabras son sonido, *tal vez se les llame* a la memoria, *se les evoque* pero no hay lugar *para verlas*, no tienen foco ni huella ni siquiera una trayectoria.

De esta manera, las palabras son acontecimiento, hecho, no hay texto externo al pensador que facilite recordar una y otra vez. Es esencial un interlocutor, pues el pensamiento sostenido está vinculado con la comunicación. Retener y recobrar el pensamiento siguen reglas mnemotécnicas, pautas equilibradas e intensamente rítmicas, marcos temáticos comunes, proverbios conocidos por todos de manera que vengan a la mente con facilidad. Por ello quizá los refranes y proverbios representan fórmulas constantes en las culturas orales. La ley misma está impregnada de estos recursos *formulaicos*, ellos mismos constituyen las normas escritas.

El pensamiento y la expresión en una cultura oral tienden a tener alguna caracterización según Ong (1982), quien establece una interesante tipificación en ese sentido. Ser (a) *acumulativas antes que subordinadas*, pues el discurso oral despliega una gramática menos elaborada y fija que la escrita. Son (b) *acumulativas antes que analíticas*, en cuanto una dependencia de las fórmulas para practicar la memoria. La tradición popular oral prefiere en el discurso formal una carga de epítetos, en contraste con el pensamiento que analiza y totaliza, representando una creación artificial, estructurada por la tecnología de la escritura. Pueden ser, (c)

refundantes o copiosos, pues en el discurso oral el enunciado desaparece en cuanto es articulado, de manera que la redundancia, la repetición de lo apenas dicho, mantiene eficazmente tanto al hablante como al oyente en la misma sintonía, estimulando la fluidez, el exceso, la verbosidad, intensas en la cultura occidental mientras mantuvo huellas de la tradición oral. Suelen ser (d) *conservadoras y tradicionalistas*, pues la originalidad narrativa consiste en lograr una reciprocidad particular con un público en un momento, se acude a viejas fórmulas y temas con las nuevas situaciones políticas a menudo complicadas; estos son reorganizados antes que reemplazados por material nuevo. Los nuevos universos conceptuales de las prácticas religiosas y con ellas las cosmologías y las creencias llegan a existir en una economía intelectual esencialmente formulaica y temática, ajustada a las tradiciones de los antepasados.

Continúa Ong afirmando que (e) *cerca del mundo humano vital*, en ausencia de categorías analíticas complejas de la escritura, la cultura oral no posee nada que corresponda a manuales de operación para los oficios que son adquiridos a través de la observación y la práctica, con una mínima explicación verbal. Hay en lo oral (f) *matices agonísticos*, incrustados en el mundo vital humano, pues la oralidad sitúa el conocimiento dentro de un contexto de lucha, alabanzas, intenciones polarizadas del bien y del mal, la virtud y el vicio, los villanos y los héroes. Igualmente, las expresiones orales son (g) *empáticas y participantes antes que objetivamente apartadas*, pues en una cultura oral aprender o saber significa lograr una identificación comunitaria, empática y estrecha con lo sabido. También, son (h) *homeostáticas*, las sociedades orales pues para su equilibrio viven desprendiéndose de los recuerdos que ya no tienen pertinencia actual. Las culturas orales no cuentan con diccionarios y tienen pocas discrepancias semánticas.

Las palabras adquieren su significado de un ambiente que incluye gestos, modulaciones vocales, expresión facial y todo el marco humano y existencial dentro del cual se produce siempre la palabra real y hablada. Finalmente, son (i) *situacionales antes que abstractas*, pues las culturas orales tienden a utilizar los conceptos en marcos de referencia situacionales y operacionales que se mantienen cerca del mundo humano vital. Resulta claro entonces que Ong enmarca su análisis en la consideración del influjo de las tecnologías comunicacionales como la oralidad, la escritura, imprenta, medios eléctricos y electrónicos en la psique y la cultura de las comunidades “en la conformación de visiones de mundo, sistema de valores, nociones de tiempo”.

5 - EL LUGAR DE LA PALABRA EN LA LEY DE ORIGEN

La ley que ha regido los pueblos originarios antes del establecimiento de los estados nacionales modernos es nombrada como *Ley de origen*, es decir, ley natural o Derecho mayor -Derecho propio, bien descritas en el texto *Somos hijos del Sol y de la Tierra*, luego del encuentro en Quito en 2007 de líderes y autoridades indígenas. Allí Lorenzo Muelas, Gobernador del pueblo colombiano Guambiano, del centro-oriente del departamento del Cauca, refiere al *Derecho Mayor* inscrito en el hecho que...”a nosotros nos parió la tierra, un gran caudal, una avalancha hizo nacer a nuestro pueblo...hace 10, 20 y 30 mil años nos desarrollamos, y nosotros somos herederos de esos antepasados, y somos hijos de ellos y somos parte de ese derecho...” (Bonilla, 2007, p. 10).

Es así como en Colombia, diversas culturas ancestrales se rigen por la Ley de origen. Los Guambianos, muy firmes, expresan que el derecho mayor está por encima de escrituras, leyes, armas, poder...”por Derecho Mayor; por derecho de ser primeros, por derecho de ser auténticos americanos. En esta gran verdad nace todito nuestro derecho, todita nuestra fuerza. Por eso debemos recordarla, transmitirla y defenderla” (p. 12).

De otra parte, un Juez del pueblo Pijao expresa el significado de la lengua y le adjudica el conocimiento...” de la montaña, de la nieve, del mar y de las estrellas. Esa lengua habla y expresa todo eso...” (p. 48); es el resumen de la identidad que percibe y que les permite que la justicia este unida al territorio y a la espiritualidad, se consulta con los espíritus el castigo adecuado cuando suceden los desequilibrios.

Para el pueblo Arauco-Tayrona, de la Sierra Nevada de Santa Marta, la justicia está vinculada al territorio. Este pueblo a través de su *Ley de Origen* considera que la identidad la cultura y la justicia “...responde a la aplicación de la espiritualidad, nosotros tenemos un conocimiento ligado al cosmos, al territorio, al pozo sagrado, a los árboles, a las piedras. Todo está integrado”..., cuando se produce desequilibrio se castiga a la persona...” para que todos se curen y con ellos la naturaleza” (Bonilla, p. 51).

Para el pueblo Nasa, caucano pero extendido a otras regiones del país, la Ley de origen es la palabra cargada de espiritualidad, de historia de vida de un pueblo, de una nación indígena, “Nos enseña cómo surgió nuestro mundo, qué debe hacer y cómo debe comportarse y cuál será el final de todo, que se materializa en lo que se llama Plan de Vida”. Por ello, comprender este inicio es comprender todo lo venidero, dando sentido -o más bien otros sentidos- a las cosas, a la vida.

El pueblo Wayuu, traducido como *nosotros las personas*, tienen asentamientos dispersos en la Alta, Media y Baja Guajira colombiana y comparte tierras con Venezuela, representando el 11% de la población del Estado Zulia y cerca del 19,42% del departamento de La Guajira (Dane, 2005). La mayoría vive en los llamados resguardos indígenas, con límites establecidos por la ley, ocupado por uno o más grupos étnicos...”con organización social propia y con títulos de propiedad colectiva, inembargable e intransferible” (DANE, 2005). Su organización como grupo étnico los califica como beneficiarios del principio multicultural y pluriétnico que ordena la Constitución colombiana vigente.

Según el escritor wayuu, Paz Ipuana (1981), “lo que siempre es lo que es. Tal es la ley, el ordenamiento” (p. 48) para alegar ética en la funcionalidad del grupo. La esencia espiritual la deben preservar y manifestar con comportamientos armónicos en su vida cotidiana y familiar; cuando por el contrario surge un conflicto acuden al *pütchipü’ü*, o *palabrero*, como mediador para extraer lo malo y obtener enseñanzas del acto cometido, quien *lleva la palabra* y peticiones de la parte ofendida, explica al grupo reunido la situación de trasgresión de la norma social, se dirige al infractor y espera sus argumentaciones. El dictamen parte de la solicitud de la familia agredida cuando requiere compensación del agravio recibido. El palabrero básicamente es un intermediario pero puede llegar, depende de su prestigio, hasta realizar propuestas concretas para que el conflicto finalice. Existen dos clases de ofensas, las que violan las costumbres y las que violan las obligaciones. Las mejores experiencias en la solución de conflictos dan carácter para ejercer la función de palabrero, aunque también ser palabrero se aprende en compañía de un familiar que ejerza dicha función.

6 - EL TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA

En Valencia España se puede encontrar, dice Carpi (2008), “el único ejemplo en Europa, que yo sepa, de un antiquísimo modelo de proceso completamente oral: el que desarrolla aún hoy cada jueves delante de la Puerta de los Apóstoles de la Catedral ante el Tribunal de las Aguas”. Se aproxima el análisis a la función jurisdiccional del Tribunal de resolver los conflictos generados por el uso indebido del agua para decidir si condena o absuelve a quien cometiera alguna infracción de las mismas. El proceso se rige por normas iniciadas en tradición oral e incorporadas más tarde como Ordenanzas.

El proceso se realiza de la siguiente manera:

La personan denunciada es citada por el Guarda de la acequia para el jueves siguiente. Hasta dos veces más es citado y, si no acude tampoco a la tercera citación, tras admitirse la denuncia, se le juzga en rebeldía pudiendo ser condenado. Nunca ha sido necesario acudir a la fuerza pública para hacerle comparecer. Se sientan los sindicados en los sillones asignados a cada una de sus respectivas acequias. Asiste el Alguacil del Tribunal, antaño guarda mayor o verdadero “atandador”, encargado de dar el agua y levantar las compuertas o paradas, portador como insignia de un impropio arpon de latón dorado, de dos púas, una de ellas encorvada, que el instrumento con que separaban y recogían las tablas de las ranuras de los partidores. El Alguacil solicita del Presidente la venia para iniciar las citaciones y llama públicamente: “¡Denunciats de la Séquia de Quart!”, y acuden los denunciados, si los hay, acompañados por el Guarda de la Acequia. Las citaciones se van haciendo por el orden en que las acequias toman el agua del río, iniciándose por la de Quart, que es la primera, y terminando por la Robella, que es la última. (Tribunal de las Aguas, 2017)

Mucho se ha escrito sobre esta institución de la comunidad de Valencia, provincia del este de España, un territorio industrializado, con un potente sector turístico y una intensa actividad agrícola. Dos textos destacados permiten percibir la trayectoria e importancia del dicho Tribunal de las Aguas, cuya legitimidad constitucional se basa en la costumbre...” y la costumbre se sostiene sobre la reiteración de actos, acompañada de la *opinio iuris seu necessitatis*” (Fairén, 1988). Este primer texto, *El Tribunal de las aguas de Valencia y su proceso: oralidad, concentración, rapidez, economía* y el segundo, resultado del Coloquio coordinado por Mascarell (2008). El Tribunal lo está conformado por el Presidente, el Vicepresidente, el Alguacil, Guardas, Síndico y Secretaría.

Según Fairén (1988), el Tribunal de las Aguas o *Tribunal de los Acequeros de la Vega* de Valencia, es de vieja data y de amplia actividad desde la Edad Media cuando se realizaban consultas y no juicios, entre aquellos que conocían la costumbre de la Huerta. Parte de la autoridad del *cequier* se sometía al examen y consideración de los regantes de la Huerta; igualmente los asuntos no judiciales del riego eran sometidos a sus *auctoritas*. Una señal posterior de su existencia se encuentra con los *Privilegios y Fueros* concedidos por Jaime I y Jaime II de Aragón, que aunque no crearon el Tribunal dichos privilegios permiten reconocer su

existencia. Junto con las Ordenanzas propias de cada acequia se fue conformando en la época foral su régimen jurídico. *Derecho foral o derecho especial* en España lo califica como el conjunto de ordenamientos jurídicos de derecho privado que se administran en algunas Comunidades Autónomas, coexistiendo con el Código Civil nacional.

Mediante el derecho otorgado se donaba a los pobladores de Valencia las acequias del río Turia para que pudieran regar y fertilizar los campos. Una Junta administradora y el síndico-presidente eran elegidos entre miembros de la comunidad y con la condición de hombres honrados y ser labradores directos de las tierras. Los acequeros síndicos de las 8 acequias: las de Tormos, Rascaña y Mestalla, las de Quart, Benacher y Faitanar, Mislata, Favara y Na Rovella vigilaban que se distribuyera el agua por las 138 filas en que se distribuye el agua y trabajaban en conjunto con el *Guardia de la acequia*, el cual conducía la distribución equitativa del agua y evidenciaba las infracciones cometidas para ser juzgadas en el Tribunal de las Aguas.

Los documentos legales del Tribunal están constituidos por Ordenanzas que contienen turnos de riego, obligación de limpieza de canales y acequias, pagos para gastos generales. Las sentencias que se dictan son acatadas por lo cual no se registra que acudan a la jurisdicción ordinaria para su cumplimiento. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el Tribunal tiene “el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional”. Para Fairén, “como fuentes del proceso se halla la costumbre “de extraordinaria limpieza y frescura” (p. 5). Según el aparte *De los Organismos de cuenca*, en la Configuración y funciones establece que es un organismo adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a efectos administrativos pero con plena autonomía funcional; así está escrito en el art. 20 de la Ley de Aguas, 1985.

Las categorías definitorias del Tribunal, señaladas por Fairén, son *oralidad, concentración, rapidez, economía* (1988):

- a. La Oralidad es la condición subyacente a todo juicio que contempla la denuncia-la sentencia-la indagatoria. El Presidente y los síndicos interrogan verbalmente a las partes.
- b. La Concentración significa que los síndicos poseen instrucción procesal lo que les permite proceder judicialmente ante el caso, en el cual están presentes el acusado, el labrador perjudicado los cuales pueden aportar pruebas y testigos.
- c. La Rapidez envía a que las infracciones cometidas se procesan semanalmente, todos los jueves, en 21 días como máximo; esto

último se aplica en caso de incomparecencia de los denunciados.
d. La Economía significa que siendo el juzgar parte de las obligaciones de los síndicos de las acequias la actividad procesal no ocasiona gastos. El único importe de gastos lo abona el denunciado para sufragar el desplazamiento de los Guardas o Alguacil del Tribunal.

En el texto coordinado por Mascarell (2008), estudiosos valencianos acogen el debate alrededor del pasado presente y futuro del Tribunal de Aguas, pero se enuncian algunos elementos que han puesto en dificultades su existencia. La primera *crisis* la asocia al artículo 117.5 de la Constitución española de 1978 que estableció el principio *de unidad jurisdiccional* como base de organización y funcionamiento de los Tribunales. Como aval a favor el artículo 19.2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, ordena que en la administración de justicia puedan participar... en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en los demás casos previstos en esta Ley. Así mismo señala...“el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana”.

Entre los *riesgos* se enuncian “la progresiva desaparición del aprovechamiento económico del territorio sobre el que el Tribunal extiende su jurisdicción y que justifica la materia respecto de la cual esa jurisdicción es ejercida”. La propuesta acerca de tal amenaza es la disposición del Tribunal, es que su exitosa experiencia aporte a la discusión científica y sirva de asesoría y apoyo en la celeridad de los procesos de aplicación de justicia.

APROXIMACIONES REFLEXIVAS

La oralidad sigue vigente en los ordenamientos legales, no solo en su reconocimiento a culturas minoritarias sino en cambios introducidos a las prácticas procesales. Lo que puede reconocerse es su validez como práctica social y construcción humana. La oralidad, entendida como el intercambio verbal de ideas, es y lo ha sido una herramienta esencial en la comunicación y trasciende a la tarea jurisdiccional, como instrumento para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado de Derecho moderno. Como se ha expresado en recientes cumbres expertas, “al permitir que la actuación del juzgador se acomode a criterios de inmediatez y contradicción realmente efectivos”. El juicio público, sólo posible en el ámbito de la oralidad, permite a una sociedad ejercer legítimas facultades de conocimiento y control “obvian-

do una parte importante de los reparos que un sistema procesal escrito pudiera suscitar” (CJI, 2008).

Cabe recordar que la oralidad en Iberoamérica, como lo ha expresado la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), ha sido practicada en lo procesal en Portugal desde el XV, en España, República Dominicana y Cuba desde el XIX. A través de la primera mitad del siglo XX instaurada en Colombia, El Salvador, México, Panamá y Puerto Rico. Luego de 1950 y hasta el año 2000, en Argentina, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Perú, Uruguay, Venezuela, Andorra (en la frontera este de España), Guatemala y Paraguay. A partir del 2000 se inició en Chile y Ecuador. La oralidad sigue viva en el mundo tecnológico de hoy, aunque la escritura es, acompañando a Halbwach, “la institución mnemónica por excelencia”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assmann, J. (2008) *Memória comunicativa e memória cultural*. Tradução: Méri Frotscher

Bonfil B. G. (1991). *Pensar nuestra cultura*. Alianza editorial. En:

Bonilla, O (2007). *Somos hijos del sol y de la tierra. Derecho mayor de los pueblos indígenas de la cuenca amazónica*. En: http://www.oilwatchesudamerica.org/docs/el_derecho_mayor.pdf

Carpi, F. (2008). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Universitat de Valencia. En: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/program.htm>

Civallero, E. (2006). *Voces en el silencio*. Editorial Biblos, Año 7, 25-26, Jul-Dic. Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. En: https://www.academia.edu/10431161/Voces_en_el_silencio

CJI (2008) *La oralidad procesal en Iberoamérica*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo

Eisenstein, E. (1994). *La revolución de la imprenta en la Edad Moderna europea*. En: https://books.google.com.pa/books?id=RFOH0qiHv_AC&pg=PA128&lpg=PA128&dq=entrevista+a+Elizabeth+Eisenstein&source=bl&ots=14EbsSLUXp&sig=E-9cWapKJYmfmk-GEKN18pXWzn7M&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj-z8G_

vs7XAhWkRN8KHa8uBiwQ6AEIYjAJ#v=onepage&q=entrevista%20a%20Elizabeth%20Eisenstein&f=false

Eliade, M (2011). *Mito y Realidad*. Barcelona. Editorial Labor.

Fairén G., V. (1988). *El Tribunal de las aguas de Valencia y su proceso: oralidad, concentración, rapidez, economía*. España: Caja de Ahorros y Monte de Piedad

Halbwachs, M. (2004). *La memoria colectiva*. Traducción de Inés Sanchó-Arroyo. Editado por Prensas Universitarias de Zaragoza, En: <http://cesycme.co/wp-content/uploads/2015/07/Memoria-Colectiva-Halbwachs.-.pdf> [Consulta Julio 2017]

Havelock, E.A. (1994) *Prefacio a Platón*. Madrid: Visor distribuciones, S. A. En: <https://es.scribd.com/doc/132910340/HAVELOCK-Prefacio-a-Platon-pdf>

Havelock, E.A. (1996). *La musa aprende a escribir Reflexiones sobre oralidad y escritura desde la Antigüedad hasta el presente*. España: Paidós. En: https://monoskop.org/images/5/56/Havelock_Eric_A_La_Musa_aprende_a_escribir.pdf

Loaiza C., G. (2014). *El poder letrado en Colombia. Ensayos sobre historia intelectual colombiana, siglos XIX y XX*. Cali: Editorial Universidad del Valle. En: www.redalyc.org/pdf/3870/387049117032.pdf

Lord, A. (2000). *El cantante de cuentos*. 2ª ed. Mitchell y Nagy, Eds. En: <http://www.ling.upenn.edu/~rnoyer/courses/103/SingerOfTales.pdf>

McLuhan, M. (1962) *La Galaxia Gutenberg. Génesis del "homo typographicus"*. Barcelona: Editorial: Palmeta-agostini, Barcelona.

Medina, J.T. (1958). *Historia de la imprenta en los antiguos dominios españoles de América y Oceanía*. Chile: Fondo histórico y bibliográfico José Toribio Medina. file:///C:/Users/Exlim%20Gil/Downloads/MC0005167.pdf

Mircea, E. (2001). *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición*. Bue-

nos Aires: Emecé

Montemayor, C. (1996). *El cuento indígena de tradición oral*. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Instituto Oaxaqueño de las Culturas.

Neruda Pablo (2011). *Confieso que he vivido*. Memorias. Edición: Seix Barral. En: <http://www.librosmaravillosos.com/confiesoquhevivido/pdf/Confieso%20que%20he%20vivido%20-%20Pablo%20Neruda.pdf>

Ong, W. (1982). *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*. Traducción de Angélica Scherp. México: Fondo de cultura económica. En: <https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/ong-w-j-1982-oralidad-y-escritura.pdf>

Parry, A. (ed.), (1971). *The Making of Homeric Verse. The Collected Papers of Milman Parry*. En : file:///C:/Users/Exlim%20Gil/Downloads/kupdf.com_parry-1971-the-making-of-homeric-verse.pdf

Paz Ipuana (1981). *El Conejo y el Mapurite*. Caracas: El Banco del libro
Paz, O. (1972). *El Arco y la Lira*. España: Fondo de cultura económica. En: <http://www.ecfrasis.org/wp-content/uploads/2014/06/Octavio-Paz-El-arco-y-la-lira.pdf>

Petrie A. (1956). *Introducción al estudio de Grecia*. México: Fondo de cultura económica. En: <https://es.scribd.com/document/270629603/Petrie-A-Introduccion-Al-Estudio-de-Grecia>

Santa Biblia, Reina Valera 1960. Editorial: Oliver Three.

Tribunal de las Aguas (2017). Consultado 19 de Mayo 2017, de <http://www.tribunalde lasaguas.org/es/el-tribunal/funcionamiento>

UNESCO (2003). ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial? En: <https://ich.unesco.org/doc/src/01851-ES.pdf>

Vansina, J. (1967). *La tradición oral*. Cap. 1 - La tradición oral y el método histórico. En: https://www.academia.edu/25394768/Jan_Vansina_1967_-_La_tradici%C3%B3n_oral_Cap._1_-_La_tradici%C3%B3n_oral_y_el_m%C3%A9todo_hist%C3%B3rico_

Wolf, F. A. (1985). Prolegomena to Homer, Traducción y notas al inglés de Anthony Grafton y otros. Princeton Legacy Library. En: https://books.google.com.pa/books?id=Ten_AwAAQBAJ&pg=PA11&lpq=PA11&dq=August+WOLF,+libros+on+line&source=bl&ots=0wsy-fvXt7&sig=8VKzGkThBw5KSVzhprwGQLRzzvg&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi0iueXrtDXAhXIOSYKHe_9ByYQ6AEIVDAI#v=onepage&q=August%20Wolf%2C%20libros%20on%20line&f=false



AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO: POVOS INDÍGENAS EM PERSPECTIVAS

THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ¹

INTRODUÇÃO

A sistemática de proteção internacional dos Direitos Humanos desenvolveu-se significativamente ao longo dos anos. Várias categorias e grupos sociais foram contemplados nesse novo contexto. Dentre os vários Direitos Humanos tutelados, há um complexo de normas voltado especificamente para a proteção dos Direitos Humanos aos Povos Indígenas², uma vez que a trajetória desses grupos foi constituída pelo ideário do colonialismo e da colonialidade do poder e do saber.

Mesmo com a positivação de vários direitos, a violação de Direitos Humanos dos indígenas ainda é uma temática a ser enfrentada visto as adversidades vivenciadas pelas dezenas de etnias que vivem no Brasil. Vítimas de violências estruturais e simbólicas foram solapados em sua trajetória com os etnocídios, epistemicídios e genocídios³.

- 1 Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.
- 2 Este artigo usa o termo “povos indígenas” em proximidade a utilizada pela legislação internacional pelas Nações Unidas, UNESCO, OIT e OMC, assim como por um número significativo de estudos que se aplicam a essas minorias étnicas que foram nativos para um território antes de ser incorporado em um Estado nacional, e que são politicamente e culturalmente distintas da identidade étnica preconizada pelo Estado de forma unilateral por meio do conceito colonialista de raça.
- 3 Para o caso de Povos Indígenas de um modo geral, o genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando realizada por assassinatos em massa de todos os membros de uma nação. Pretende-se, em vez disso, significar um plano coordenado de diferentes ações que visem à destruição das bases essenciais da vida dos grupos nacionais, com o objetivo de aniquilar os próprios grupos. Os objetivos de tal plano seria a desintegração das artes, da cultura, da língua, dos sentimentos coletivos, da pertença, dentre outros, bem como da existência econômica dos grupos e a destruição da segurança pessoal, liberdade,

A trajetória do desenvolvimento do Direito em âmbito internacional ocorreu de modo gradual ao longo do século XX, em direção à superação do sentimento individualista dos Direitos Humanos, apesar da Declaração Universal de 1948 e do caráter integracionista das políticas setoriais e dos acordos governamentais.⁴

Na América Latina, as ações formais relativas à legislação indígena foram direcionadas sob o indicativo da integração das populações indígenas e pode-se apontar como marco o 1º Congresso Indigenista Interamericano de Pátzcuaro, no México, em 1940⁵. Esse teve o propósito de articular a legislação indigenista e sistematizar os princípios jurídicos e constitucionais dos países membros. Em 1957, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), mediante o Convênio 107 sobre Populações Indígenas e Tribais⁶ adotou diversas cláusulas para os países signatários com o objetivo de orientar as ações do governo em matéria indígena.

Nesse contexto, apesar de sinalizar diversos elementos sobre as questões de direito a terra e nos aspectos culturais e étnicos, tal convênio incube os governos de desenvolver ações e programas para ‘integração’ progressiva das comunidades indígenas no país. Outro elemento importante a se destacar versa acerca do reconhecimento ao direito aos recursos naturais e às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, considerando que nos casos em que pertencer ao Estado à propriedade dos recursos existentes nas terras, o uso deverá estar pautado em consultas aos povos interessados, reservando a eles a indenização por efeitos danosos que possam advir desse uso. Parte fundamental desse direito central é

saúde, dignidade e até mesmo das vidas dos indivíduos pertencentes a esses grupos.

- 4 O Direito Internacional, hoje, identifica como povos indígenas aqueles povos que descendem de povos que preexistem aos Estados atuais (ancestralidade e trajetória histórica), conservam totalmente ou parcialmente as suas instituições sociais, políticas, culturais, ou modos de vida (vigência atual), e que têm autoconsciência da sua própria identidade (critério subjetivo).
- 5 Nesta Convenção criou-se o Instituto Indigenista Interamericano (III) como um organismo intergovernamental, o qual se constituiu como um organismo especializado da organização dos Estados americanos em 1953.
- 6 O contexto de elaboração do Convênio 107 da OIT está atrelado ao Programa Indigenista Andino (ou missão andina) com a colaboração de outras agências das Nações Unidas. O programa debruçou-se especialmente sobre os problemas que cercavam os indígenas no mundo do trabalho como: trabalho forçado, abuso nos sistemas de contratação, recrutamento e demais – que foram impulsionados essencialmente por meio da perda das terras. Com o tempo o Convênio incorpora uma série de direitos que vai além do tema laboral, como os direitos à terra, o direito consuetudinário, entre outros.

a garantia das terras tradicionais pelos governos.

Já o direito à autodeterminação foi construído sobre os pilares constitucionais em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento humano a qual permite que seja dada atenção especial aos valores artísticos, espirituais e linguísticos dos povos tradicionais, reconhecendo os direitos de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos.

Estimativas apontam que vivem no Brasil segundo resultados do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, mais de 800.000 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. Este Censo também aponta que em todos os Estados da Federação, inclusive do Distrito Federal, há populações indígenas. A Funai⁷ também registra 69 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista.

O presente estudo busca analisar de forma objetiva a perda dos territórios indígenas em face à autodeterminação dos povos. Divide-se em três partes e utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo.

1 - COLONIALISMO E COLONIALIDADE: REFLEXÕES CONCEITUAIS

Nas três últimas décadas do século XX temáticas que envolvem as comunidades indígenas vêm ocupando espaços nos debates acadêmicos e também em organismos internacionais, como a ONU, por meio da comissão de Direitos Humanos, dos grupos de trabalho e do Fórum Permanente da ONU para os Povos Indígenas. Tal movimentação pode ser vista como elemento integrado ao processo de revisão identitária e conceitual na América Latina, momento o qual os povos originários têm readquirido o espaço que lhe foi privado desde os tempos coloniais.

Em virtude da exploração colonial, os indígenas perderam suas referências materiais/estruturais - terras, fonte de sua sobrevivência e imateriais - aspectos artísticos, linguísticos e religiosos. A soma desses elementos deixou-os vulnerabilizados e acarretou na deterioração da sua condição de vida, colocando-os em uma condição de exclusão e marginalização social. Em alguns países, como no Brasil, o Estado demarcou ter-

7 Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>

ras indígenas em todo o território nacional, na tentativa de lhes garantir a subsistência. No entanto, o processo resultou em ampliação dos conflitos, especialmente se observado a relação estabelecida entre o Estado e as comunidades indígenas em face ao processo de colonialidade do poder.

Segundo Clímaco,

La colonialidad del poder condiciona la entera existencia social de las gentes de todo el mundo, ya que la racialización delimita de modo decisivo la ubicación de cada persona y cada pueblo en las relaciones de poder globales. Pero es en América, en América Latina sobre todo, que su cristalización se hace más evidente y traumática, puesto que aquí la diferenciación racial entre “indios”, “negros”, “blancos”, y “mestizos” ocurre al interior de cada país. Encarnamos la paradoja de ser Estados-nación modernos e independientes y, al mismo tiempo, sociedades coloniales, en donde toda reivindicación de democratización ha sido violentamente resistida por las élites “blancas”. (CLÍMACO, 2014, p. 13-14)

Nesse contexto, cumpre-se indicar que há um componente comum: a quase extinção do povo indígena latino-americano seja ela física ou etnocultural. No primeiro caso, a população indígena, predominante na região nos tempos da colonização, hoje representa cerca de 10% da população latino-americana. Encontra-se concentrada principalmente em cinco países: Bolívia, Equador, Guatemala, México e Peru. No segundo caso, os índios latino-americanos passaram por um processo de aculturação tão significativo que dificilmente pode-se falar hoje de etnias e culturas indígenas autênticas. Muito se perdeu de sua identidade com a eliminação de tribos inteiras e com a assimilação da cultura do colonizador.

A esse respeito, Lander (2006, p. 250) diz:

Ao fazer abstração da natureza dos recursos, espaço e territórios, o desenvolvimento histórico da sociedade moderna e do capitalismo aparece como um processo interno, autogerado, da sociedade europeia, que posteriormente se expande para as regiões atrasadas. Nessa construção eurocêntrica desaparece do campo de visão o colonialismo como dimensão constitutiva destas experiências históricas.

Quijano (1997) cunhou o conceito de colonialidade como algo que transcende as particularidades do colonialismo histórico e que não desaparece com a independência ou descolonização. Essa formulação é uma tentativa de explicar a modernidade como um

processo intrinsecamente vinculado à experiência colonial. Essa distinção entre colonialidade e colonialismo permite, portanto, explicar a continuidade das formas coloniais de dominação, mesmo após o fim das administrações coloniais, além de demonstrar que essas estruturas de poder e subordinação passaram a serem reproduzidas pelos mecanismos do sistema-mundo capitalista colonial-moderno. Dessa maneira, a noção de colonialidade atrela o processo de colonização das Américas à constituição da economia-mundo capitalista, concebendo ambos como partes integrantes de um mesmo processo histórico iniciado no século XVI (CASTRO-GOMEZ; GOSFROGUEL, 2007).

Considerando que todo Estado Nacional se constrói a partir da criação de uma identidade étnica única através da língua oficial, do modo de produção econômico, dentre outros, a construção das hierarquias raciais, de gênero e de modos de apropriação dos recursos naturais, pode ser vista como simultânea e contemporânea à constituição de uma divisão internacional do trabalho e dos territórios, marcada por relações assimétricas entre economias desenvolvidas, em desenvolvimento e periféricas.

Aldao Y Clerigo (2011) complementam:

[...] los pueblos originarios no sólo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, sólo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que a su vez, los incluyan en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.

2 - AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E COMUNIDADES INDÍGENAS EM DEBATE

Como já apontado, os nativos lutam incessantemente para manter sua ancestralidade, conservar suas tradições, modo de vida coletivo e a alteridade, pois esses representam uma forma de se libertarem do processo contínuo de espólio e exclusão instituído desde o processo de colonização e povoamento da América Latina. Assim diz Da Matta e Laraia (1978, p. 17),

[...] os índios nos ensinaram que o valor e a capacidade de resistência de um povo não se medem pela sua dimensão demográfica: uma pequenina sociedade humana pode continuar resistindo e sobrevivendo, não importa a que preço, enquanto mantiver viva a crença nos seus valores, apesar dos brancos e da persistente tradição predatória destes.

Além dos debates realizados em torno das relações identitárias, aponta no contexto de análise das comunidades indígenas a questão acerca da autodeterminação aja visto o processo deflagrado por meio da perda dos seus territórios. Desde 1500 até a década de 1970 a população indígena brasileira decresceu acentuadamente e muitos povos foram extintos.

O direito de autodeterminação ou livre determinação está embasado nos postulados da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Já consagrado no Direito Internacional, especificamente no sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos a garantir o desenvolvimento humano global, como por exemplo, (a) referência explícita do princípio da autodeterminação na Carta das Nações Unidas; (b) tratado como direito na Declaração Sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais da Assembleia Geral da ONU de 14 de dezembro de 1960; e (c) o direito à autodeterminação também restou previsto nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, na Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986, e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Assembleia Geral das Nações Unidas de 13 de setembro de 2007 (ANJOS FILHO, 2013a, p. 589 - 590).

Insta assinalar que a autodeterminação consiste no direito de todo e qualquer povo estabelecer livremente seu estatuto político, escolhendo seu modelo de desenvolvimento econômico, social e cultural⁸,

8 Direito a manter suas culturas inclui entre outros o direito de manter seus nomes

sem opressão e submissão a qualquer forma de colonialismo. Com base na Carta das Nações Unidas, mesmo quando um povo não reflete e se constitui na própria forma do Estado acolhedor, ele detém o Direito Humano à autodeterminação. Nesse contexto, a noção de coletividade e povo, incluem-se os povos indígenas em geral. Importante dizer que nenhum instrumento normativo de Direito Internacional impõe restrições ao direito de autodeterminação dos povos indígenas. O preâmbulo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e seu artigo 1º consta que os povos indígenas são detentores de todos os Direitos Humanos reconhecidos no âmbito internacional, restando a eles direitos humanos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em seus artigos 2, 3,4 e 5 apontam:

Artigo 2

Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Artigo 5

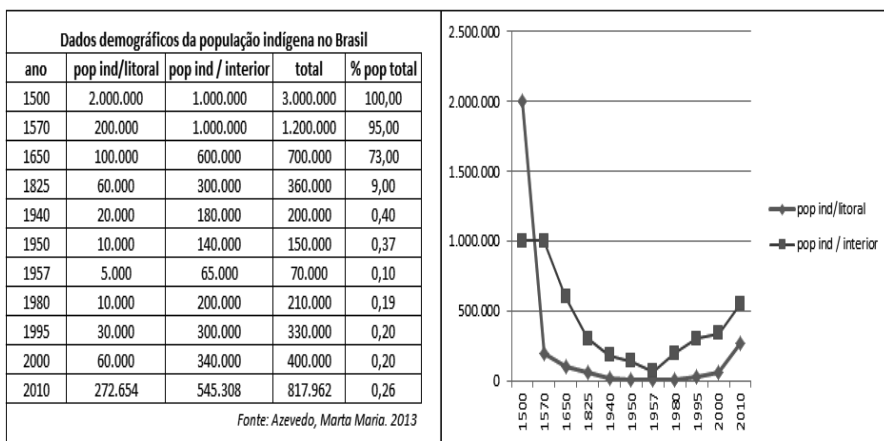
Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Sabe-se que o Brasil é reconhecido internacionalmente como um país multiétnico e dotado de considerável biodiversidade, especialmente quanto à sociodiversidade que o conforma. Os povos indígenas des-

tradicionais para lugares e pessoas e de entender e fazer-se entender em procedimentos políticos, administrativos ou judiciais inclusive através de tradução.

tacam-se pelo conjunto da diversidade cultural brasileira. A população indígena no Brasil é de aproximadamente 817 mil pessoas - organizadas em 270 etnias falantes de 180 línguas indígenas distintas. Estes estão presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a região Norte é aquela que concentra o maior número de indivíduos, 342,8 mil, e o menor no Sul, 78,8 mil. Do total de indígenas no País, 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. O censo também mostra que foram demarcadas 505 terras indígenas, cujo processo de identificação teve a parceria da Fundação Nacional do Índio (Funai) no aperfeiçoamento da cartografia. Essas terras representam 12,5% do território brasileiro (106,7 milhões de hectares), onde residiam 517,4 mil indígenas (57,7% do total). (IBGE: Dados Estatísticos, 2010).

Quadro 1 – Dados demográficos da população indígena no Brasil (1500-2010)



Sabe-se que o patrimônio indígena é composto pela terra em sua dimensão territorial e em seus usos de acordo com as normas e os costumes das sociedades nativas e, nessa conjuntura é importante destacar a relação existente entre a ocupação e uso das terras e a autodeterminação dos povos. A título de exemplo pode-se citar que das 1.113 terras indígenas reconhecidas, em processo de reconhecimento pelo Estado brasileiro ou reivindicadas pelas comunidades, até agosto de 2016, apenas 398, ou 35,7%, tinham seus processos administrativos finalizados, ou seja, foram registradas pela União. (CIMI, 2016)

Quadro 2 – Situação Geral das Terras Indígenas no Brasil

Situação	Quantidade	Percentual (%)
Registradas (demarcação concluída e registrada no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca e/ou no Serviço do Patrimônio da União)	398	35,75
Homologadas (com Decreto da Presidência da República, e aguardando registro)	15	1,34
Declaradas (com Portaria Declaratória do Ministério da Justiça, e aguardando a homologação)	63	5,66
Identificadas (reconhecidas como território tradicional por Grupo Técnico da Funai, e aguardando Portaria Declaratória do Ministério da Justiça)	47	4,13
A identificar (incluídas na programação da Funai ⁹ para futura identificação, com Grupos Técnicos já constituídos)	175	15,72
Sem providências (terras reivindicadas pela comunidade que ainda não constam na listagem da Funai para a realização de estudo) ¹⁰	348	31,35

9 Fundação Nacional do Índio (Funai) é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Foi criado pela Lei 5 371, de 5 de dezembro de 1967. É vinculado ao Ministério da Justiça e tem como objetivo central coordenar e executar as políticas indigenistas do Governo Federal, protegendo e promovendo os direitos dos povos indígenas. São, também, atribuições da Funai: identificar, delimitar, demarcar, regularizar e registrar as terras ocupadas pelos povos indígenas, promovendo políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas e reduzindo possíveis impactos ambientais promovidos por agentes externos nessas terras; bem como prover, aos indígenas, o acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania, como o direito à seguridade social e à educação escolar indígena.

10 O maior número de terras na etapa Sem Providências concentra-se no Amazonas (130), seguido pelo Mato Grosso do Sul (68) e pelos estados de Rio Grande do Sul (24) e Rondônia (22).

Com Restrição (terras que receberam Portaria da Presidência da Funai restringindo o uso da área ao direito de ingresso, locomoção ou permanência de pessoas estranhas aos quadros da Funai)	6	0,53
Reservadas (demarcadas como “reservas indígenas” à época do SPI ¹¹) ou Dominais (de propriedade de comunidades indígenas)	61	5,48
Total	1.113	100

Fonte: CIMI, 2016

A violência contra as comunidades indígenas e a minimização identitária, em sua maioria corresponde a questões de demarcações territoriais,¹² ataques sobre os territórios, invasões, desmatamento, destruição de patrimônio, exploração ilegal de recursos naturais, contaminação de nascentes e rios, queimadas e incêndios, caça ilegal, e contaminação por agrotóxico, dentre outras ações que atingem as terras indígenas.

Soma-se a esse contexto, a desumanização, a escravização, os aldeamentos com as perdas territoriais, a depreciação semântica generalizante e a tentativa de redução linguística constituíram formas políticas violentas de negação das diferenças e práticas históricas de invisibilidade.

- 11 Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi criado em 1910 com o objetivo de prestar assistência à população indígena do Brasil. Com a sua fundação, a política indigenista passou a ser de responsabilidade do Estado brasileiro e não de instituições religiosas, como era realizado desde o período colonial. Em 1918, a Localização de Trabalhadores Nacionais passou a constituir um órgão próprio. Entre 1930 e 1934, o SPI passou a se vincular ao Ministério do Trabalho. Entre 1934 e 1939, passou a pertencer ao Ministério da Guerra, por meio da Inspeção de Fronteiras. Em 1940, voltou ao Ministério da Agricultura e, posteriormente, passou para o Ministério do Interior. O órgão organizou várias expedições de reconhecimento no território nacional, recolhendo grande quantidade de informações e objetos dos índios brasileiros. No início da década de 1960, o órgão foi investigado por uma comissão parlamentar de inquérito devido a denúncias de corrupção, genocídio e ineficiência. Em 1967, tanto o SPI quanto o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (o órgão encarregado de formular a política indigenista brasileira) foram substituídos pela Fundação Nacional do Índio (Funai).
- 12 Segundo o Conselho Indigenista Missionário, a morosidade na demarcação das terras reforça o sentimento de abandono do Estado para com as comunidades afetadas. Pode-se citar o caso da Terra Indígena (TI) São Gabriel/São Salvador, do povo Kokama, localizada no município de Santo Antônio do Içá, no Amazonas, que teve seu Grupo Técnico criado em 25 de abril de 2003, mas, doze anos depois, seus trabalhos ainda não foram concluídos.

Isso é o que Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 57) denomina de conhecimento-regulação, característico da ciência e do pensar modernos.

É válido ressaltar a participação de organizações de apoio aos índios para o surgimento da questão indigenista no Brasil em meados da década de 1970. Entre elas destaca-se: as comissões pró-índio (CPI's), as associações nacionais de apoio ao índio (ANAI's), o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o Centro de Trabalho Indigenista (CTI), a operação Amazônia Nativa (OPAN), o Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI). Criadas por intelectuais envolvidos com a questão indígena, estas organizações passaram a desenvolver importantes trabalhos, tais como: questionamento fundamentado às políticas oficiais, a interlocução entre índios e Funai, bem como a formulação de alternativas concretas para o indigenismo brasileiro (SANTILLI, 1991; SOUZA LIMA, 2002).

Em nível nacional o reconhecimento formal do direito à organização e à representação própria dos indígenas, expresso na Constituição de 1988, representou o impulso definitivo para o processo de auto-organização desses povos, o surgimento e a multiplicação de organizações indígenas pelo país afora e sua articulação em redes regionais, nacionais e inclusive transfronteiriças. Um ano depois de promulgada a nova Constituição brasileira, foi criada a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), que nasceu com enfoque regional e identidade indígena transcomunitária. Com sede em Manaus (AM), congrega hoje mais de uma centena de organizações locais e subregionais. (VERDUM, 2009, p. 100)

3 - AUTODETERMINAÇÃO, AUTONOMIA E MULTIPLICIDADE CULTURAL

A diversidade cultural é, sem dúvida, um dos desafios centrais com que se trata de autodeterminação e autonomia dos povos indígenas no Brasil. Tal desafio se deve a duas questões teóricas e práticas, que advêm da coexistência entre grupos humanos com diversas culturas no território de um mesmo Estado. Essa coexistência traz consigo diversas visões de conceitos centrais, como nação, cidadania ou igualdade, conceitos estes que foram pensados sob o marco dos projetos de Estados nacionais, que desconsideravam os povos indígenas, seja ignorando-os ou pretendendo integrá-los a uma cultura nacional homogênea.

Segundo Quijano (2005, p. 117), raça foi o critério fundamental que os europeus utilizaram para distribuir a população mundial em pa-

péis e hierarquias ao longo dos processos de colonização que empreenderam entre os séculos XV e XX. Em uma época na qual a ideia de nacionalidade ainda não era predominante, os europeus partiram de traços fenotípicos para criar as noções de “branco” e “não-branco”, às quais associaram as dicotomias de “primitivo” e “civilizado”, “irracional” e “racional”, “tradicional” e “moderno”, “mítico” e “científico”, reservando para si as características que consideravam positivas.

A diversidade cultural não é apenas um questionamento externo ao sistema de direitos que uma Constituição estabelece, mas sim que se assenta fortemente sobre vários desses mesmos direitos. Assim, e inclusive em algumas constituições europeias, que não reconhecem os direitos coletivos de identidade cultural das minorias, e para as quais todos os direitos constitucionais são individuais, o direito à liberdade religiosa dos imigrantes e o seu contexto comunitário têm levado à confrontação com essa questão, como aconteceu, por exemplo, na Alemanha com o Tribunal Constitucional e a sua jurisprudência. (GRIJALVA, 2009, p. 115-116)

Por outro lado, sabe-se que a discussão sobre a multiplicidade cultural, interculturalidade e a plurinacionalidade está em pleno debate na Ásia e na África, evidenciando o questionamento político e teórico da concepção liberal de uma só nação como realidade coincidente com um só Estado, e sugerindo diante dela a coexistência democrática de várias nações ou nacionalidades sob o marco de um mesmo Estado.

Nancy Fraser (2001) propõe que políticas de reconhecimento das diferenças sejam combinadas com a redistribuição dos recursos materiais de poder, já que após o fim da Guerra Fria, as principais reivindicações populares passaram a estar relacionadas com o fim de opressões culturais vividas por mulheres, negros, indígenas, imigrantes e homossexuais. Segundo a autora, os movimentos acabaram suplantando a exploração capitalista como a injustiça fundamental e o interesse de classe como o meio principal nas mobilizações políticas. O desafio contemporâneo seria equilibrar os dois tipos de demanda para se construir uma sociedade mais justa. Discriminações culturais seriam subvertidas a partir de mudanças de ordem simbólica, como a valorização das identidades desrespeitadas, a promoção da diversidade cultural e a ampliação da representação política dos grupos vulnerabilizados.

Assentado na trajetória de mobilização dos coletivos e lideranças indígenas e em um esforço de legitimação que problematiza o seu indubitável estigma neocolonial, vários Estados latino-americanos têm constitucionalizado, em meio a várias fórmulas, o direito à diversidade cultu-

ral e à identidade. Tal reconhecimento tem incluído expressões culturais centrais dos povos indígenas, como seus idiomas, territórios e sistemas de autoridade e normativos.

Para Quijano (2005) uma das alternativas para a construção de um processo de valoração as identidades em confluência a autodeterminação e autonomia dos povos indígenas seria a descolonização do Estado, isto é, reformulá-lo sobre novas bases que retirem a posição privilegiada do liberalismo e do capitalismo como formas de se viver. Para o interculturalismo e o plurinacionalismo dar igualdade de tratamento a diferentes culturas significa desconstruir a categorização racial, garantir igual possibilidade de construção da esfera pública e pôr fim ao sistema de classes a partir de uma economia em menor escala que proporcione maior controle direto da população sobre a produção e a riqueza.

Para que o processo de descolonização do Estado ocorra é importante o reconhecimento da igualdade social de indivíduos heterogêneos; a formação de identidades conforme decisões livres e autônomas por parte de cada indivíduo; a reciprocidade entre indivíduos e grupos na organização do trabalho e na distribuição dos produtos, tanto em nível doméstico quanto internacional; e a formação de associações comunais para permitir uma gestão da produção sob autoridade coletiva direta. (QUIJANO, 2005)

Segundo Fajardo (2009, p. 13), para que o reconhecimento dos direitos tenha eficácia, não basta apenas a adoção dos instrumentos internacionais. Em conjunto, um quadro de proteção de direitos indígenas requer: adequação normativa interna; Implementação institucional; mudança na cultura jurídica tanto de funcionários e operadores jurídicos, como de usuários ou beneficiários do sistema.

CONCLUSÃO

Mesmo com uma trajetória de lutas, o desafio constante para os governos como para as organizações de sociedade civil e povos indígenas no mundo inteiro centra-se no processo de implementação de direitos. Povos indígenas de diversas partes do mundo ainda vivem assolados pela desassistência a saúde, enfermidades, fome, violência, acrescidos da discriminação e minimização tanto nas políticas públicas como na convivência entre diferentes culturas e preservação de suas identidades.

Por mais ampla que sejam as discussões e amparo legal ainda resta traçar novas diretrizes a fins de minimizar a segregação de alguns

povos e neutralizar o processo de maximização de alguns grupos e subalternização de outros por serem considerados ‘inferiores’. O Estado não é ou não deve reduzir-se a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, às vezes apenas formal, por parte de um Estado, na verdade instrumentalizado para o domínio de povos com culturas distintas, mas sim um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática.

Reforça-se nesse escopo, que os povos indígenas têm direito a seus territórios em vista a ancestralidade e por motivos históricos – estes reconhecidos no Brasil ao longo dos séculos. Estes direitos por certo, não devem ser pensados como um óbice para o resto do Brasil: ao contrário são um pré-requisito para a busca e manutenção da autonomia e da autodeterminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, James S. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Trotta, 2005.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CASTRO-GOMEZ, Santiago; GOSFROGUEL, Ramón (Comp.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre, 2007.

DA MATA, Roberto; LARAIA, Roque de Barros. Índios e Castanheiros: a empresa extrativa e os índios do Médio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978 [Coleção Estudos Brasileiros, v. 35].

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UnB, 2001.

GRIJALVA, Augustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição

Equatoriana de 2008. In: **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Org: Ricardo Verdum e outros. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil: 500 anos de povoamento**. Rio de Janeiro, 2000. Apêndice: Estatísticas de 500 anos de povoamento.

LANDER, Edgardo. Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). **La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas**, Buenos Aires: CLACSO, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma Ciência pós-moderna**. São Paulo: Graal, 2003.

VEIGA RIOS, Aurélio. Terras indígenas no Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Org: Ricardo Verdum e outros. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009.

FONTES ELETRÔNICAS

ALDAO, M. M y CLÉRICO, L. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. In: **Estudios Constitucionales**, vol. 9, nº1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. IBGE. **Dados estatísticos século XX**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/indicadores>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Fundação Nacional do Índio – FUNAI. **Índios no Brasil**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório Contra a violência indíge-**

na (2016). Disponível em: www.cimi.org.br/site/pt-br/. Acesso em 18 mar. 2019.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em: 17 mar. 2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf. Acesso em: 17 mar. 2019.

QUIJANO, Aníbal. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Castro Gómez, Santiago; Grosfoguel, Ramón. (orgs.) Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. Disponível em: <http://www.unsa.edu.ar/histocat/hamoderna/grosfoguelcastrogozmez.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2019.

PACTO GLOBAL DAS MIGRAÇÕES: INTERCORRÊNCIAS NAS ESFERAS INTERNACIONAL E DOMÉSTICA

JOSEANE MARIÉLE SCHUCK PINTO¹

INTRODUÇÃO

Não obstante a ocorrência de fluxos migratórios² voluntários e forçados³, não ser considerada algo novo na história, a contemporaneidade nos revela um cenário desolador cujos números atingem patamar nunca visto. Os dados estimam que o cenário internacional conta com 258 milhões de migrantes, perto de 3,4% da população mundial, na qual 48% são mulheres.⁴ Ao encontro está o relatório divulgado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), aponta que em todo o mundo, o deslocamento forçado alcançou os níveis mais altos já registrados, cerca de 68,5 milhões de pessoas estavam deslocadas por guerras e conflitos até o final de 2018, ou seja, um recorde histórico.⁵

- 1 Doutoranda pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais - Unisinos. Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia pela mesma instituição. Advogada e professora universitária, bolsista CAPES. E-mail: joseane.ms@terra.com.br.
- 2 A migração conceitua-se pelo movimento de uma pessoa ou um grupo de pessoas, seja através de uma fronteira internacional, ou dentro de um Estado. É um movimento da população, abrangendo qualquer tipo de movimento de pessoas, independentemente da sua duração, composição e causas; que inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, migrantes econômicos, apátridas, pessoas que se deslocam para outros fins, incluindo o reagrupamento familiar, assim como àqueles que necessitam deixar seu país de origem por razões ambientais ou pelo acometimento de catástrofes naturais (OIM, 2011).
- 3 A migração forçada ou deslocamentos forçados é um movimento migratório em que um elemento de coerção existe, incluindo ameaças à vida e à subsistência, seja decorrente de causas naturais ou de origem humana (por exemplo, os movimentos de refugiados e pessoas deslocadas internamente, bem como pessoas deslocadas por desastres naturais ou ambientais, químicos ou nucleares, a fome ou desenvolvimento de projetos) (IOM, 2011).
- 4 United Nations Development Programme: UNDP. Disponível em: <http://mptf.undp.org/factsheet/fund/MIG00>, acesso em abril de 2019.
- 5 ACNUR. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2018/06/19/mais-de-68-milhoes-de-pessoas-deslocadas-em-2017-e-essencial-um-novo-acordo-glo>

Cumpra ressaltar que a maioria dos migrantes e refugiados não se deslocam entre os países de forma segura, ordeira e regular.

Desse modo, a migração quando não regulamentada apresenta desafios para toda a sociedade internacional, tendo em vista que o fenômeno traz consigo a vulnerabilidade, o abuso e à exploração. Tal panorama faz da governança da migração internacional e doméstica um dos mais urgentes e profundos testes de cooperação internacional de nosso tempo, sendo, portanto, o desafio global contemporâneo. No plano doméstico, a exemplo do Brasil destaca-se os desdobramentos da migração, cujo montante não alcança 1% da população. O país recebe pessoas de diversos locais do mundo, com destaque para a migração Sul-Sul. A cada migrante internacional no Brasil, há dois brasileiros no exterior. Os últimos dados da Receita Federal revelam que 22,4 mil pessoas entregaram a declaração de saída definitiva do país em 2018, bem como em 2017 foram 21,2 mil.⁶

A partir dessa problemática, surge o Pacto Global das Migrações como mecanismo para a governança internacional e doméstica dos Estados, a fim de proteger pessoas para a ocorrência de uma migração “ordenada, regular e segura”. Nesse sentido, o presente estudo propõe uma análise abrangente acerca do Pacto Global das Migrações, a partir do olhar do Direito Internacional e das Relações Internacionais, com intuito de averiguar suas intercorrências na esfera global e interna dos países, sendo primordial analisar o seu significado a nível mundial e qual a sua relevância e implicações para o Brasil e seus nacionais.

Para tanto, o presente contará com duas sessões: a primeira com uma abordagem histórica sobre o surgimento do Pacto Global das Migrações no cenário internacional. A segunda, trará ao debate a reflexão acerca da importância da adesão brasileira ao Pacto Global, assim como a posterior decisão do atual governo brasileiro de se retirar dele. Tal decisão remonta importantes consequências ao país, sobretudo aos brasileiros com destino ao exterior seja como turista, a trabalho ou a estudo, que por sua vez também são alcançados e beneficiados pelo Pacto, que objetiva proteger qualquer pessoa em situação de migração, resguardando-a de atos discriminatórios.

O objeto de estudo, ancorado nas questões de mobilidade humana e suas implicações no cenário global, se utilizará do referencial teórico de Giorgio Agamben com o seu estudo sobre o estado de exceção, na medida

bal-sobre-refugiados/. Acesso em abril de 2019.

6 Receita Federal – Ministério da Economia. Disponível em: www.receita.economia.gov.br, acesso em maio de 2019.

em que as vidas dos migrantes se encontram em condição de mera vida nua, pois estão desprovidos de proteção e direitos políticos advindos do Estado-nação. De forma incipiente, vez que a pesquisa se encontra em estágio inicial, é possível perceber que o atual cenário internacional se encontra abalado por não haver consenso sobre as bases políticas relacionadas à migração dos países de destino, que por sua vez são restritivas e punitivas, corroborando para o agravamento de uma severa crise humanitária.

Em relação ao procedimento a ser adotado, observa-se que através da pesquisa qualitativa será possível dar conta das diferentes representações sobre a temática proposta. Da mesma forma, contará com a análise de discurso ao abordar a decisão do governo brasileiro em deixar o Pacto Global. A pesquisa contará com o levantamento de dados empíricos através da análise documental e bibliográfica a nível nacional e internacional, especialmente artigos de periódicos internacionais especializados sobre o tema, sendo fundamental que a pesquisa integre a consulta a dados e publicações oficiais de atores não governamentais envolvidos com o auxílio humanitário, como o ACNUR, Organização Internacional para Migrações (IOM), Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e Departamento de Migrações, órgãos que integram o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Em relação ao tratamento dos dados será interpretativo-descriptivo, o que possibilitará a interpretação da realidade que se apresenta de diversas formas. Dessa feita, a temática em questão se justifica por sua relevância social, pela urgência em trazer à tona o fenômeno contemporâneo e complexo que é a migração, na medida em que impõe deslocamentos forçados dos nacionais pertencentes aos Estados afetados, bem como a necessidade de repensar para além do auxílio humanitário, visto a necessidade de proteção internacional, sendo primordial o alcance da efetividade do Pacto Global das Migrações.

1 - O QUE SIGNIFICA O PACTO GLOBAL DAS MIGRAÇÕES NO CENÁRIO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS?

Cabe inicialmente, a compreensão do que significa o Pacto Global das Migrações e qual a sua finalidade nas relações internacionais, bem como no plano doméstico dos Estados. O Pacto Global significa a proteção de pessoas, ou seja, a sua elaboração tem como pilar o princípio de “pessoas em primeiro lugar”, que por sua vez reporta a uma série de reco-

mendações à sociedade internacional para a ocorrência de uma migração “ordenada, regular e segura”.⁷

Acerca da origem do Pacto, merece destaque as contribuições oriundas de pesquisas brasileira e latino-americana sobre as negociações do Pacto Global⁸, que englobou os seguintes temas em discussão pelas Nações Unidas:

-direitos humanos dos imigrantes, inclusão social, coesão e formas de discriminação, incluídos o racismo, a xenofobia e a intolerância; - a migração irregular e por vias regulares, incluído o trabalho decente, a mobilidade laboral, o reconhecimento das habilidades e qualificações e outras medidas pertinentes; -a cooperação internacional e a governança da migração em todas as suas dimensões, como as fronteiras, o trânsito, a entrada, o retorno, a readmissão, a integração e a reintegração; - as contribuições dos migrantes e as diásporas em todas as dimensões do desenvolvimento sustentável, incluídas as remessas e a previdência; - as respostas aos fatores que impulsionam a migração, incluídos os efeitos adversos das mudanças climáticas, os desastres naturais e as crises criadas pelo ser humano, mediante a proteção e a assistência, o desenvolvimento sustentável, a erradicação da pobreza e a prevenção e resolução de conflitos (BAENINGER, 2018, p. 17).

Este mecanismo é essencial na contemporaneidade, visto que a temática proposta, caracteriza-se por ser um fenômeno complexo e que atinge um patamar nunca visto pela humanidade. Sobretudo, os acontecimentos surgidos com o pós-guerra e estendidos até aos dias atuais remontam a um cenário desolador, marcado por conflitos, guerras civis, perseguições por racismo, religião, grupos sociais, ideologias políticas, mudanças climáticas e ambientais, o que só faz aumentar o número diário de grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade e opressão.

7 Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de abril de 2017. Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular.

8 Os aportes da academia e de instituições interlocutoras resultaram das discussões realizadas no dia 27 de setembro de 2017, na Universidade Estadual de Campinas, no âmbito do Programa de Seminário do Observatório das Migrações. BAENINGER, Rosana. Contribuições da academia para o pacto global da migração: o olhar do Sul. In Migrações Sul-Sul. Lúcia Machado Bógus; Júlia Bertino Moreira; Luís Renato Vedovato; Duval Fernandes; Marta Rovey de Souza; Cláudia Siqueira Baltar; Roberta Guimarães Peres; Tatiana Chang Waldman; Luís Felipe Aires Magalhães (Organizadores.). Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018 (2ª edição).

O problema social da migração contemporânea, como mencionado, gera implicações na vida daqueles que se deslocam e cruzam a fronteira internacional. São vítimas da violência sexual e de gênero, crianças são detidas para fins de determinar seu status de migração, além de serem estereotipados como ilegais, todavia relevante destacar que nenhum ser humano no mundo pode ser considerado juridicamente ilegal.

Neste sentido, a Organização Internacional para Migrações (OIM), atualmente, integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), dirimiu algumas lacunas existentes nas denominações pertinentes à migração. Dentre elas a conceituação daqueles que se deslocam forçadamente ou de forma voluntária, sem o documento hábil para tanto, ou seja, não possuem o visto para ingressar no país de destino. Tal conduta faz com que sejam considerados migrantes indocumentados ou no máximo a nomenclatura de irregular. Particularmente, prefiro utilizar o termo indocumentado, haja vista a existência de uma onda conservadora que vem se espalhando pelo cenário internacional, e por sua vez proporciona o acirramento da xenofobia.⁹

O termo documentado diz respeito aos que adentram ao território de outro Estado com a documentação própria para tanto, perfectibilizado através da concessão de visto. Já, os denominados migrantes indocumentados são aqueles que na sua maioria chegam a outro Estado em situação irregular, isto é, de forma clandestina, contando com o auxílio de intermediários para a realização do deslocamento, e sem os documentos necessários à fixação de um migrante no país. Esses atravessadores praticam o contrabando de migrantes e são conhecidos como coiotes. Objetivam explorar a situação dos migrantes para obtenção de lucro, oferecem os mais variados serviços com elevados custos, como transporte e falsificação de documentos. A prestação de serviços inclui o controle nas fronteiras nacionais e requisição de vistos.

Diante deste panorama mundial, no ano de 2016, os Estados-Membros se reuniram na sede das Nações Unidas, com intuito de firmar um acordo por consenso sobre um documento final. Surge então a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, adotada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas em 2016 e expressa à vontade política dos líderes mundiais de salvar vidas, proteger direitos e compartilhar responsabilidades em escala global.

A Declaração de Nova York contém compromissos ousados tan-

9 UNHCR/ACNUR. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/02/25/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-mundo-atinge-34-milhoes/>. Acesso em abril de 2019.

to para abordar os problemas que enfrentamos na atualidade quanto para preparar o mundo para os desafios futuros. Dentre os compromissos estabelecidos, destaca-se o de proteger os direitos humanos de todos os refugiados e migrantes, independentemente do status migratório; direitos das mulheres e meninas e promove sua participação plena, igualitária e significativa na busca de soluções; a garantia de que todas as crianças refugiadas e migrantes estejam recebendo educação dentro de alguns meses após a chegada; a prevenção e resposta à violência sexual e de gênero; o forte apoio aos países que resgatam, recebem e hospedam um grande número de refugiados e migrantes; o fim da prática de deter crianças para fins de determinar seu status migratório; condenar firmemente a xenofobia contra refugiados e migrantes e apoiar uma campanha global para combatê-la, entre outros vários compromissos.¹⁰ A Declaração de Nova York, além de apontar os compromissos a serem assumidos pelos atores internacionais, especialmente pelos Estados, também apresenta as ferramentas que serão utilizadas para colocá-los em prática.

A partir dos compromissos assumidos em Nova York pela sociedade internacional, nasce o Pacto Global para Migrações, tendo por pilar que as migrações sejam: Seguras, Ordeiras e Regulares. Surge o primeiro quadro de cooperação internacional, juridicamente não vinculativo, em matéria de migração. É o resultado de um amplo processo de discussão e negociação entre todos os Estados membros das Nações Unidas. Percebe-se, que as migrações atingiram um patamar em que os países isoladamente não possuem condições de enfrentar, visto tratar-se de um fenômeno complexo e com diversas implicações para os países, e que exige soluções globais e a partilha de responsabilidades a nível mundial, com base na cooperação internacional.

O pacto global para a migração visa promover a cooperação internacional, definindo princípios orientadores e prevendo um quadro político multilateral. Aborda a natureza complexa da migração internacional ao apresentar questões relacionadas com a migração, tais como a gestão das fronteiras, a introdução clandestina e o contrabando de migrantes, a documentação dos migrantes. A aplicação do pacto global para a migração é guiada por dez princípios, como a universalidade dos direitos humanos, a soberania nacional e o caráter juridicamente não vinculativo do documento, bem como define 23 objetivos concretos para uma migração segura, ordenada e regular como ponto de referência para os

10 Disponível em: <<https://refugeesmigrants.un.org/declaration>>. Acesso em fevereiro de 2019.

Estados que aplicam as suas políticas nacionais de migração.¹¹

Em que pese o Pacto Global para Migrações conter objetivos capazes de interligar os comportamentos dos Estados na regulação dos seus fluxos migratórios, em prol da defesa dos direitos inalienáveis daqueles que se deslocam, assim como da responsabilidade de acolhimento e integração nos países de destino, nota-se a fragilização desse mecanismo antes mesmo de ser posto em prática. Tal fragilização, no meu ponto de vista decorre de duas razões. A primeira diz respeito a não adesão ao Pacto pela Eslováquia, Hungria, Polónia, República Tcheca, Austrália, Áustria, Chile e República Dominicana, todos considerados Estados com forte influência de partidos nacionalistas e governos de direita ou extrema direita, além de terem questões migratórias a lidar. A deserção desses países enfraquecerá a abrangência geográfica e política do Pacto no contexto internacional.

Do mesmo modo, observa-se na Europa discussões acirradas na esfera doméstica dos Estados sobre a adesão ou não ao acordo. Na Eslováquia, por exemplo, o ministro de Exterior Miroslav Lajcak ameaçou demitir-se, caso o governo decidisse pelo boicote ao Pacto, contudo a sua indignação não obstaculizou a decisão tomada pelo premiê Peter Pellegrini, que declarou a retirada do país do acordo. Na Bélgica, o governo sofreu uma ruptura após a decisão do partido nacionalista Nova Aliança Flamengo (N-VA) de deixar a coalizão, por ser contra o Pacto, assinado pelo primeiro-ministro, Charles Michel. A segunda razão, por sua vez está no fato das diretrizes do Pacto não possuírem caráter vinculante, isto é, não se trata de um Tratado Internacional que criará obrigações jurídicas a serem obedecidas pelos Estados, pelo contrário trata-se apenas de recomendações para colaboração de forma voluntária.

A ONU juntamente com a Organização Internacional para Migrações (OIM), será a responsável por coordenar os esforços no tocante à cooperação internacional entre os países membros que aderiram ao Pacto. O Fundo Inicial para Migração Segura, Ordenada e Regular (ou MPTF de Migração) foi solicitado pelo Pacto Global sobre Migração, adotado pela Assembleia Geral em dezembro de 2018. É um mecanismo de financiamento da ONU destinado principalmente a ajudar os Estados Membros em seus programas nacionais. implementação do *Global Compact*. As entidades da ONU no nível nacional trabalharão com os parceiros nacionais na identificação das necessidades de migração por meio de análises conjuntas e na elaboração de programas conjuntos para fornecer uma resposta coletiva a essas necessidades. A Migração O MPTF apoia

11 Disponível em: <https://news.un.org>. Acesso em março de 2019.

os 23 objetivos do *Global Compact* e adere à sua abordagem de 360 graus. A Migração da MPTF também fornecerá financiamento para iniciativas regionais e globais em apoio à implementação do GCM.¹²

Porém, não nos esqueçamos da crise de credibilidade da ONU, enquanto organização internacional e dos limites do multilateralismo. Além disso, os Estados-Membros da ONU debaterão e partilharão os progressos através do Fórum Internacional de Revisão da Migração, que terá lugar de quatro em quatro anos, com início em 2022.

2 - O PAPEL DA DIPLOMACIA BRASILEIRA E O PACTO GLOBAL DAS MIGRAÇÕES

Muito embora, seja cedo para se falar sobre a condução do novo governo na agenda migratória e de refúgio, a primeira decisão em relação à temática foi desastrosa, na medida em que o país se retira de um Pacto que se presta a cooperação entre países, cuja finalidade é a de estender a proteção de brasileiros em condição de emigrante no exterior, bem como coibir e enfrentar a prática de deslocamentos de forma irregular/indocumentada no Brasil.

É cediço que o país firmou o Pacto Global de Migrações em Marrocos, no mês de dezembro de 2018, e em janeiro de 2019 comunicou a ONU a sua retirada oficial do acordo por considerá-lo inadequado. Para o chanceler Ernesto Araújo, o Brasil buscará um “marco regulatório compatível com a realidade nacional”, pois “tem de haver critérios para garantir a segurança tanto dos migrantes quanto dos cidadãos no país de destino”.¹³

As diretrizes do Pacto não possuem caráter vinculante, pois não se trata de um Tratado Internacional, tampouco criará obrigações jurídicas ao país, na medida em que não está obrigado a segui-lo. Além disso, caberá a cada país a decisão de colocá-lo em prática, não havendo a sua sobreposição à soberania do país. Nota-se, contudo o alinhamento do Brasil com governos contrários ao Pacto e com políticas migratórias restritivas.

As implicações da decisão do Brasil em se afastar do Pacto Global para Migrações atingirá, sobretudo, aos brasileiros em situação de

12 United Nations Development Programme: UNDP. Disponível em: <http://mptf.undp.org/factsheet/fund/MIG00>, acesso em abril de 2019.

13 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/bolsonaro-confirma-revogacao-da-adesao-ao-pacto-global-para-migracao>. Acesso em fevereiro de 2019.

emigração, tendo em vista que para cada migrante internacional no Brasil, há dois brasileiros no exterior. Não há nada que justifique a saída do Pacto. Segundo os dados do Ministério das Relações Exteriores, de 2016, mais de três milhões de brasileiros vivem em outros países e essas pessoas correm o risco de não ter os seus direitos respeitados com a saída do Brasil do Pacto. Do mesmo modo, brasileiros com destino ao exterior seja como turista, a trabalho ou a estudo, também seriam beneficiados com o Pacto que objetiva proteger qualquer pessoa em situação de migração, resguardando-a de atos discriminatórios.

Apesar do papel humanitário assumido pelo Brasil e de ser signatário dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos e migrações, o governo de Jair Bolsonaro tomou a decisão de abandonar o Pacto Global para Migrações, sendo que o governo anterior havia se comprometido com a adesão do país ao acordo. O atual governo, segundo palavras do ministro das Relações Exteriores, Ernesto Araújo, afirmou que o país buscará um “marco regulatório compatível com a realidade nacional”, pois “tem de haver critérios para garantir a segurança tanto dos migrantes quanto dos cidadãos no país de destino”. Além disso, refere que “o pacto é “um instrumento inadequado para lidar com o problema.” “A imigração não deve ser tratada como questão global, mas sim de acordo com a realidade e a soberania de cada país”. No mesmo sentido, Jair Bolsonaro alega que a decisão de abandonar ao Pacto foi motivada para a preservação de valores nacionais, e completa afirmando que “o Brasil é soberano para decidir se aceita ou não migrantes”.¹⁴

No tocante ao argumento disposto pelo ministro das Relações Exteriores de que o país buscará um “marco regulatório compatível com a realidade nacional”, pois “tem de haver critérios para garantir a segurança tanto dos migrantes quanto dos cidadãos no país de destino”. Cumpre destacar que o país é considerado um precursor em matéria de refúgio e vem se consolidando em matéria migratória. O Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de Direitos Humanos e parte na Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, do Protocolo de 1967, além de outras normativas internacionais e regionais.

Na década de 90, período de redemocratização, tanto no âmbito doméstico quanto na política externa, o governo de Fernando Henrique Cardoso elabora uma agenda em torno das questões pertinentes aos di-

14 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/bolsonaro-confirma-revogacao-da-adesao-ao-pacto-global-para-migracao>. Acesso em fevereiro de 2019.

reitos humanos, razão pela qual solicita ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados uma pauta para servir de incentivo à elaboração de legislação específica que trate da questão dos refugiados e solicitantes de refúgio no país. Com o projeto de lei definido e submetido à tramitação junto ao Congresso Nacional, com posterior aprovação, surge a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, que define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, determina outras providências e institui o Comitê Nacional para Refugiados, órgão vinculado ao Ministério da Justiça que cuida do processo de solicitações de refúgio.

O processo de elaboração da Lei de Refúgio, sobretudo no que se refere ao conceito de refugiado, foi pensada para além daquele conceito internacional disposto no Estatuto de 1951, na medida em que se utilizou do conceito disposto na Declaração de Cartagena de 1984, que é uma normativa regional preocupada em fomentar a proteção daqueles que se deslocam forçadamente.

Além disso, outro marco regulatório importante é a Nova Lei de Migrações 13.445 de 2017, que derroga o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815 de 1980 – que priorizava as questões em torno da segurança nacional, onde não se mencionava proteção a direitos humanos. A Nova Lei Migratória foi sedimentada sob os pilares de princípios e diretrizes como a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não criminalização da migração; a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; a promoção de entrada regular e de regularização documental; a acolhida humanitária; o repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. Vindo ao encontro a proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante e das pessoas brasileiras no exterior, além do reconhecimento da migração como direito inalienável a todas as pessoas.

A Lei torna mais acessível os procedimentos de regularização migratória, independentemente da situação do estrangeiro. Além disso, atualiza e desburocratiza procedimentos de naturalização em geral. Outro ponto importante está na criação de dois mecanismos de proteção: o acolhimento humanitário mediante expedição de visto ou residência específica para situações não previstas anteriormente e a proteção às pessoas apátridas.

Desta feita, não merece prosperar as alegações do Chanceler Ernesto Araújo, uma vez que o Brasil possui um marco regulatório avançado em matéria de migrações e deve, portanto aprimorá-las, por meio da implemen-

tação de políticas públicas efetivas e eficazes de acolhimento e integração.

Nota-se, que o Pacto Global para Migrações não é um novo marco regulatório, tampouco “um instrumento inadequado para lidar com o problema”, como afirmou o Ministro. Mas, sim é um mecanismo de cooperação entre países, a fim de prevenir e enfrentar um deslocamento indocumentado, através da rede de contrabandistas de migrantes.

Por fim, em relação ao posicionamento de Jair Bolsonaro de que o Pacto se sobreporá à soberania do país, ressalta-se que o texto do Pacto Global é muito claro ao referir que irá respeitar dez importantes princípios – entre eles o da “soberania nacional” de cada Estado-Membro, deixando a cada um deles a decisão de como colocá-las em prática. As suas diretrizes, de forma alguma, possuem caráter vinculante, ou seja, não se trata de um Tratado Internacional em que o Brasil fará a sua ratificação, e, por conseguinte criará obrigações jurídicas a serem obedecidas, pelo contrário trata-se apenas de recomendação para colaboração de forma voluntária.

A adoção de bases políticas e jurídicas pelo Brasil voltadas a prevenção e ao enfrentamento do contrabando transnacional de migrantes, bem como a sua cooperação com outros países, no intuito de enfraquecer a atuação da rede criminosa dos coiotes, possibilitará um possível fortalecimento de mecanismos de prevenção e proteção daqueles que migram de forma indocumentada, e que são os principais atores sociais no cenário desolador do maior problema migratório contemporâneo.

Sobre essa questão das bases jurídico-políticas da migração, Baeninger assevera que:

A visão regional e latino-americana para as migrações seguras/ordenadas/regulares deve, portanto, estar assentada na governança das migrações internacionais – com a articulação de diferentes atores - e não no princípio da segurança nacional para as migrações internacionais. Desde essa perspectiva, o Pacto deve promover mecanismos de inclusão e permanência, com vistas a estimular uma acolhida com respeito e dignidade, com o reconhecimento da diferença e contra as diversas formas de discriminação, racismo, xenofobia e exclusão. Nesse sentido, a perspectiva da governança das migrações internacionais pauta-se na promoção de mecanismos de diálogo entre diferentes setores de políticas públicas, em diversos níveis de governo e no protagonismo de imigrantes no processo das migrações seguras/ordenadas/regulares (2018, p. 20).

Os migrantes são alvo da atuação dos “coiotes” que os aliciam sabendo que estão se deslocando de forma indocumentada ou irregular. Nesse sentido, a ideia de estado de exceção, de acordo com Agamben, se perfectibiliza, pois o migrante é colocado sob a vontade soberana da rede dos contrabandistas, que por conseguinte passa a controlá-los e regulá-los, reduzindo suas vidas em condição de mera vida nua, pois estão desprovidos de direitos políticos advindos do Estado-nação.

No mesmo sentido, o sistema político-jurídico, através do controle biopolítico, acaba por manipular as questões relacionadas à migração e a excluí-lo, como ator social, das decisões políticas e jurídicas que lhe dizem respeito. Nessa condição, a vida humana se torna frágil, vulnerável e facilmente controlável.

Segundo o autor “o ser humano é destituído de toda condição política e reduzido ao estatuto de simples vida nua, na qual a lei é integralmente suspensa, assim como o direito, e a todo o momento se está à mercê de um poder incondicional de vida e morte” (2010, p. 166-67). O estado de exceção visa sempre o controle (bio) político da vida humana, e ao deixarem forçadamente suas nações acabam não sendo reconhecidos como cidadãos de pleno direito e passam à exposição permanente de abusos e de violência.

Ao demais, a motivação global para a migração excede em muito as possibilidades limitadas de migrantes em atravessarem as fronteiras rumo ao Brasil, pois é considerado um país que recebe baixo fluxo migratório. Ela atingirá, sobretudo, a nós brasileiros em situação de emigração, visto a Lei de Migração alcançar e assegurar proteção a nós brasileiros, quando adentrarmos em territórios estrangeiros, tendo em vista que para cada migrante internacional no Brasil, há dois brasileiros no exterior.

Atualmente, segundo os dados do Ministério das Relações Exteriores, de 2016, mais de três milhões de brasileiros vivem em outros países e essas pessoas correm o risco de não ter os seus direitos respeitados com a saída do Brasil do Pacto, podendo sofrer inclusive discriminação e xenofobia. Do mesmo modo, brasileiro com destino ao exterior seja como turista, a trabalho ou a estudo, também seria beneficiado com o Pacto que objetiva proteger qualquer pessoa em situação de migração, resguardando-a de atos discriminatórios. Não há nada que justifique a saída do Brasil do Pacto Global para Migração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Migrar é um direito humano, como bem reconhecem os instrumentos internacionais de proteção humana, entretanto perpetuam as contradições impostas entre a lei e a vida humana, eis que a cidadania plena não é estendida a todos. Como bem afirmava Hannah Arendt, o que predominava e continua a predominar no cenário internacional é a carência do “direito de pertencer à determinada comunidade”, “direito de pertencer à humanidade”, assim como o “direito a ter direitos”. (ARENDR, 1990, p. 330). Diante destas inquietações, em que a vulnerabilidade dos migrantes e refugiados não é reconhecida pelo poder do soberano, cabe a reflexão de se (re) pensar o Estado contemporâneo e sua forma de atuação. A necessidade de pensar a possibilidade de um Estado promotor do desenvolvimento e da inclusão social é fundamental para o fortalecimento da democracia e para a garantia de dignidade humana daqueles que migram e que se encontram na condição de vida nua. Nota-se que a adoção de uma cultura política, ações, estratégias e políticas públicas voltadas à atenção aos migrantes e solicitantes de refúgio é uma questão primordial a ser abordada pelo sistema internacional.

Face ao atual panorama global das migrações, sem dúvida, o Pacto Global das Migrações, resultado de um amplo processo de discussão e negociação entre todos os Estados-membros das Nações Unidas aborda e traz à tona a natureza complexa da migração internacional ao apresentar questões relacionadas com a gestão das fronteiras, a introdução clandestina e o contrabando de migrantes, a documentação dos migrantes. Desse modo, o Brasil se fez presente desde o início do debate e apoiava o Pacto Global, fazendo jus, portanto, como relevante ator, que sempre foi nas relações internacionais, em matéria migratória. O país possui um marco regulatório avançado em matéria de migrações e deve, por conseguinte aprimorá-las, por meio da implementação de políticas públicas efetivas e eficazes de acolhimento e integração.

Constata-se que o Pacto Global para Migrações não é um novo marco regulatório, tampouco “um instrumento inadequado para lidar com o problema”, como afirmou o Ministro das Relações Exteriores. Trata-se de um mecanismo necessário de cooperação entre países, a fim de prevenir e enfrentar um deslocamento indocumentado, através da rede de contrabandistas de migrantes.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2018/06/19/mais-de-68-milhoes-de-pessoas-deslocadas-em-2017-e-essencial-um-novo-acordo-global-sobre-refugiados/>>. Acesso em abril de 2019.

ACNUR, **Tendências Globais sobre refugiados e outras populações de interesse do Acnur**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em abril de 2019.

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. **O poder soberano e a vida nua I**. Tradução Henrique Burigo, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2010.

_____. **Estado de Exceção**; tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** - Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. Companhia das Letras, 1990.

BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45926416>>. Acesso em abril de 2019.

BAENINGER, Rosana. Contribuições da academia para o pacto global da migração: o olhar do Sul. *In* Migrações Sul-Sul. Lúcia Machado Bógus; Júlia Bertino Moreira; Luís Renato Vedovato; Duval Fernandes; Marta Roverly de Souza; Cláudia Siqueira Baltar; Roberta Guimarães Peres; Tatiana Chang Waldman; Luís Felipe Aires Magalhães (Organizadores.). Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018 (2ª edição).

Organization for Migration (IOM). Disponível em: <http://www.iom.int/key-migration-terms>. Acesso em abril 2019.

IOM. **Glossário sobre Migração, Lei das Migrações Internacionais**, Série No. 25, 2011. Tradução livre.

Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/protejam-os-direitos-humanos-de-migrantes-da-america-central-pedem-comites-da-onu-a-governos/>.v Acesso em abril de 2019.

Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de abril

de 2017. Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Disponível em: <https://www.un.org/es/conf/migration/>. Acesso em abril e 2019.

United Nations Development Programme: UNDP. Disponível em: <http://mptf.undp.org/factsheet/fund/MIG00>. Acesso em abril de 2019.



O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS NO BRASIL

RICARDO STRAUCH AVELINE¹

INTRODUÇÃO

Ondas migratórias, refugiados e crise humanitária são temas constantes nos veículos de comunicação e têm passado a ocupar o centro dos debates políticos em países europeus e nos EUA, onde cresce o nacionalismo e a rejeição aos refugiados. A crise humanitária causada pelas inúmeras guerras é agravada por uma crise migratória, caracterizada pela construção de muros e pela recusa no reconhecimento aos direitos dos refugiados. A situação preocupa a sociedade internacional, pois o número de pessoas forçadas a deixarem seus lares já alcança 65 milhões, equivalendo à população de um país como a França.

A humanidade, ao longo de sua história, sempre viveu momentos de crise e de conflitos armados que causaram o deslocamento populacional para outras regiões. É natural ao ser humano buscar melhores condições de vida, deslocando-se de um local a outro quando o contexto social exige. Ocorre que na atualidade existe uma série de fatores como a concentração de renda, o aumento da população mundial, o terrorismo, as mudanças climáticas, os conflitos armados no Oriente Médio, a miséria na África e os problemas ambientais, os quais, somados, intensificaram as ondas migratórias causando um fenômeno que vem sendo denominado como “a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial”.

Imagens de embarcações carregadas de pessoas deixando o continente africano rumo à Europa, migrantes caminhando pelas estradas, pessoas escondidas nos chassis de caminhões, campos de refugiados com populações equivalentes a cidades e a imagem de uma criança morta na costa da Grécia circularam pelos meios de comunicação, horrorizando o mundo e, demonstrando a incapacidade da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 de lidar com tamanho desafio.

1 Professor de Direito Internacional Público. Coordenador de Extensão e do Núcleo de Relações Internacionais do Centro Universitário Metodista IPA. Coordenador do Polo Porto Alegre de Educação a Distância da Universidade Metodista de São Paulo. Doutor em Ciências Sociais, Mestre em Direito e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Email: ricardo.aveline@ipa.metodista.br.

De acordo com a referida Convenção de 1951 e do seu Protocolo de 1967, o *status* de refugiado deve ser conferido para a pessoa que precisou deixar o seu país de origem por fundado temor de perseguição com ameaça à vida e à liberdade em um contexto de guerra e de perseguições religiosas, étnicas, políticas ou de grupo social.

Como decorrência das dificuldades de se estabelecerem na Europa a partir do crescimento da extrema direita, inúmeros imigrantes vêm se deslocando para o Brasil, onde o número de pedidos de refúgio aumentou em 828% entre 2010 e 2014, segundo dados do CONARE (Comitê Nacional dos Refugiados). Nem todos os migrantes, entretanto, possuem o perfil de refugiados. Alguns migrantes não estão sofrendo perseguições nos seus países de origem, nem sofrem risco de vida. Em muitos casos, eles vêm para o Brasil de países como a Bolívia ou o Haiti, onde não há guerra ou perseguições, mas sim, a miséria.

Nestes casos, os migrantes não teriam direito a serem acolhidos como refugiados, o que poderia implicar na recusa da sua entrada no território do país ou na privação de inúmeros direitos como o direito ao trabalho, o direito de não ser repatriado de volta ao país de origem, o direito a naturalização, dentre outros.

Atualmente, o Brasil tem recebido inúmeros pedidos de refúgio de pessoas vindas da Síria, Angola, Colômbia, Congo, Afeganistão, Palestina, Líbano, Libéria, Paquistão, Serra Leoa e do Iraque. Também tem recebido imigrantes de países como Senegal, Bolívia e Haiti, que não se enquadram na categoria de refugiado.

A abertura para o ingresso de tantos migrantes com diferentes perfis decorre da combinação existente entre a Lei 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados) e da nova Lei de Migrações, Lei n.º 13.455/2017.

O presente artigo analisará a (in)suficiência das normas internacionais, a evolução representada pela legislação brasileira e as dificuldades para efetivação das normas brasileiras em um país prejudicado historicamente pela corrupção.

1 - A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DOS REFUGIADOS

As trágicas consequências do Nazismo e da Segunda Guerra Mundial, especialmente as perseguições, torturas, execuções, experiências médicas com cobaias humanas, a busca incansável pela “pureza aria-

na” num desrespeito aos valores básicos e essenciais do ser humano,² deixaram como legado a consciência da necessidade de internacionalizar os direitos humanos, criando-se uma estrutura internacional de proteção desses direitos, “com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta”³

Fábio Konder Comparato explica de forma emblemática esse período de mudança paradigmática para o Direito ocorrido após a Segunda Guerra Mundial:

[...] os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.⁴

Assim, muito embora o período da guerra tenha se caracterizado pela desvalorização e aniquilamento humano, o período teve como efeito o reconhecimento universal de direitos básicos e inerentes a toda e qualquer pessoa humana, não somente na tentativa de colocar um fim ao totalitarismo, mas também com o propósito de torná-los um “paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável [...] e orientar a ordem internacional contemporânea”⁵

A Organização das Nações Unidas foi criada em 1945, partindo “dos escombros de um mundo devastado” e, tendo como missão ser uma “organização a serviço da humanidade”, sendo “construída para combater a guerra”.⁶ Seu documento de fundação foi a Carta das Nações Unidas, a qual, juntamente com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, são documentos emblemáticos dessa nova ordem mundial e dos valores que deveriam orientar a sociedade internacional.

2 GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das Minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 289.

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 814.

4 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36-37.

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117-118.

6 SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4.ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 126.

Dignidade, igualdade e direitos humanos são as palavras chaves contidas no preâmbulo da Carta das Nações Unidas:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.⁷

A partir da Carta das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) difunde-se internacionalmente a concepção de que: 1) todos os seres humanos, pela simples virtude de serem humanos, possuem certos direitos inerentes que independem do seu *status social*; 2) esses direitos são conseqüentemente imaginados como “naturais”, por provirem da própria natureza humana, sendo, no passado, seguidamente chamados de “Direitos Naturais”; 3) os direitos, por isso, pertencem aos indivíduos e não a qualquer tipo específico de grupo social, seja pela raça, sexo, grupo familiar, classe social e outros; 4) estes direitos devem ser disponibilizados equitativamente pelo Estado para todos os indivíduos e não podem ser negados onde imperar a Lei; 5) a legitimidade de qualquer governo paira sobre a sua habilidade de garantir os direitos dos seus membros.⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece o di-

7 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218-9.

8 HUNT, Lynn Avery. **The French Revolution and Human Rights**. Boston: Bedford Books, 1996, p. 2.

reito de asilo para todas as pessoas que forem vítimas de perseguição em seu artigo XIV, tendo em vista o precedente da Segunda Guerra Mundial e a multidão de refugiados em toda a Europa. Com isso prevê a Declaração em seus artigos XIV e XV que todos têm direito de procurar e também de gozar asilo em outros países em caso de perseguição e que todo ser humano tem direito de possuir uma nacionalidade.⁹

1.1 - CONCEITO DE REFUGIADO

Ainda como efeito da Segunda Guerra Mundial, aprovou-se no âmbito das Nações Unidas a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a qual definiu quem teria o *status* de refugiado e quais seriam os direitos aos quais eles estariam intitulados. A Convenção considerou as especificidades dos refugiados como pessoas que estão fora dos seus países de origem e que estão em risco de perseguição, estabelecendo direitos específicos para os refugiados e obrigações específicas de proteção para os Estados anfitriões.¹⁰

Em 1967 foi introduzido o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, o qual retirou as limitações temporais e geográficas para incluir a assistência não só aos refugiados europeus decorrentes da Segunda Guerra Mundial, mas também às pessoas das demais regiões do mundo que saíssem de seus países por motivos alheios à Segunda Guerra Mundial.¹¹

Assim, o ato de cruzar a fronteira do país de origem em virtude de ter um fundado temor de perseguição se traduz no elemento fundamental e característico para a definição de refugiado, segundo a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, após a ampliação conceitual trazida pelo Protocolo de 1967.¹²

Apesar de a referida convenção não definir o que se entende por perseguição, a prática e a doutrina tem entendido que se refere a violações graves dos direitos humanos, em especial ameaças à vida e à liberdade, tais

9 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 245-249.

10 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 539.

11 MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 741 - 742.

12 BARRETO, Luis Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil: A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR/Ministério da Justiça, 2010, p. 53.

como a tortura, a detenção arbitrária, a perseguição arbitrária e outros sérios males.¹³ Violações estas que tornaram impossível a vida do indivíduo no seu país de origem ou que o impedem de retornar a esse país.¹⁴

Flávia Piovesan explica que:

[...] refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal.¹⁵

O principal critério para conceituação do refugiado, conforme a Convenção de 1951 é o fato de existir ameaça de perseguição fundada em motivos étnicos, políticos ou religiosos. Abrangendo o conceito legal àqueles que possuem ameaças de sanções devido ao fato de lutarem com o intuito de proteger seus direitos humanos.¹⁶

Instrumentos regionais como a Declaração de Cartagena (1984), aplicada no âmbito da América Latina, ampliaram o conceito de refugiado para alcançar as pessoas que tenham fugido dos seus países porque suas vidas, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada e pela violação massiva dos direitos humanos.¹⁷

Os conceitos legais de refugiado, entretanto, não se aplicam a pessoas contra as quais haja suspeitas fundadas de que tenham cometido crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Tais pessoas não possuem direito à proteção concedida aos refugiados.¹⁸

13 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 545.

14 BARRETO, Luis Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil: A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR/Ministério da Justiça, 2010, p. 53.

15 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.121.

16 CASELLA, Paulo Borba. "Refugiados: Conceito e extensão". In: ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-21.

17 GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. "A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais". In: BARRETO, Luis Paulo Teles Ferreira (org.). **Refúgio no Brasil: A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. Brasília. ACNUR/Ministério da Justiça, 2010, p. 53.

18 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH,

Os documentos internacionais de proteção dos refugiados também não englobaram no seu conceito pessoas que de fato seriam refugiados, tais como, as vítimas de desastres naturais e econômicos, e, no geral, aqueles que se auto exilam, deixando para trás seu país de origem por motivos outros que não raciais, religiosos, de nacionalidade ou de perseguição política.¹⁹

1.2 - DIREITOS DOS REFUGIADOS

Quando admitido no território de um Estado pertencente à Convenção de 1951, o refugiado já tem direito de receber os benefícios por ela assegurados, os quais estão previstos entre os artigos 3 e 34 da Convenção. Os referidos artigos preveem direitos civis como a liberdade religiosa (artigo 3), o direito de propriedade (artigos 13 e 14), a liberdade de associação (artigo 15), o acesso à justiça (artigo 16), assim como os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como, o direito ao trabalho (artigos 17 à 19), ao bem-estar, à seguridade social e à educação (artigos 20 à 24).²⁰ Como seres humanos, os refugiados naturalmente possuem todos os direitos humanos contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos, porém, a eles se aplicam também alguns direitos específicos.

No seu artigo 31, a Convenção de 1951 traz a garantia de não-penalização dos solicitantes de refúgio que demonstrarem boas razões para o ingresso ou estada irregular no território de um país. Assim, ficam vedadas as punições criminais e administrativas, tais como, multas ou detenções, eis que as pessoas que fogem dos seus países de origem por motivo de perseguição, raramente estão aptas a satisfazer os requisitos de entrada regular estabelecidos pelos setores de imigração, tais como passaporte e reserva de hospedagem,²¹ obrigando-as, muitas vezes, a ingressar no país destino de forma clandestina.

Outro importante direito específico dos refugiados está previsto

Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 541.

- 19 CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 106-107.
- 20 CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 110.
- 21 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 541.

no artigo 33 da Convenção, o qual prevê o direito a não devolução, conhecido como cláusula do *non-refoulement*. O referido artigo proíbe o Estado anfitrião de devolver o refugiado ao seu país de origem, onde ele sofre perseguições, garantindo-se a essa pessoa proteção, acolhida, uma nova casa, um novo país, uma nova oportunidade de viver.²²

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos aplicou a cláusula do *non-refoulement* ao julgar o caso Hirsi (e outros) contra a Itália, movido por 11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia contra o Estado da Itália. A Corte entendeu que a prática italiana de empurrar de volta (*push back*) a embarcação em que estavam os solicitantes de refúgio foi uma prática contrária à legislação e uma violação da cláusula de *non-refoulement*.²³

Com base no *non-refoulement* ocorre também o impedimento jurídico ao prosseguimento do pedido de extradição contra o refugiado, desde que este tenha sido embasado em fatos que permitam a concessão de refúgio. Ocorre também a suspensão de processos de extradição pendentes, até decisão definitiva, desde que estes também tenham sido embasados em fatos que permitam a concessão de refúgio.²⁴

A Convenção de 1951 garante que o refugiado deverá ter também privilégios para obter a naturalização e que a condição de refugiado será estendida ao seu cônjuge, bem como aos seus ascendentes e descendentes, e ainda aos demais familiares que dele dependam economicamente.²⁵

2 - A CONVENÇÃO DE 1951 FRENTE AOS DESAFIOS DA CRISE HUMANITÁRIA DO SÉCULO XXI E AS INOVAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Criada para lidar com os problemas humanitários decorrentes da Segunda Guerra Mundial, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 enfrenta hoje uma sociedade internacional muito mais complexa do que há 67 anos. A sociedade pós-moderna, caracterizada pelo risco de-

22 JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

23 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 547.

24 MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.744.

25 MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.743.

corrente da concorrência de fatores, tais como, a concentração de renda, as mudanças climáticas, o terrorismo e o aumento da população mundial, urge por uma reforma na normativa internacional sobre migração e sobre refugiados diante de um quadro de crise humanitária e migratória.

2.1 - A CRISE HUMANITÁRIA E MIGRATÓRIA

A migração internacional pode ser definida como o ato de cruzar a fronteira do país de origem para obter residência no país de destino, podendo envolver diversas etapas até que se alcance o destino. Os migrantes podem ser refugiados, mas podem ser também solicitantes de asilo, estudantes, profissionais altamente qualificados ou pessoas que são forçadas a se deslocarem por motivos econômicos ou ambientais. O termo migrante difere-se do termo imigrante, sendo o primeiro utilizado para designar uma condição mais temporária do que o segundo.²⁶

A migração pode não estar nas mãos do indivíduo migrante, eis que a decisão pode ter sido tomada por um membro da família, devendo ser seguida pelos demais. Por vezes, as ameaças à vida e à liberdade impõem a fuga da família para outro país, não havendo escolha, como ocorre no caso dos refugiados. Por vezes, o indivíduo é inserido no contexto militar e deve servir em outros países, podendo ainda ocorrer casos em que os indivíduos foram vítimas do crime organizado, do tráfico de pessoas ou do terrorismo internacional.²⁷

A migração, apesar de gerar esperança, sempre implica em custos e perigos. O mais alto custo da migração é a mortalidade trazida pelo deslocamento. Por mais alto que seja o nível de mortalidade em uma comunidade, é provável que este nível aumente na medida em que a comunidade inicie a migração. Fome, sede, doenças, temporais, feridas causadas por acidentes, disputas durante a viagem e encontros com ambientes de guerra e pirataria aumentam o risco de morte na medida em que inicia o processo migratório.²⁸

A população mundial migrante na década de 1990 era de mais de 80 milhões de pessoas, sendo que 20 milhões destas eram refugiadas de seus países. Este número tem crescido no século XXI, passando a ser

26 SAMERS, Michael; COLLYER, Michael. **Migration**. 2.^a ed. New York: Routledge, 2017, p. 9-10.

27 MANNING, Patrick; TRIMMER, Tiffany. **Migration in World History**. New York: Routledge, 2013, p. 8.

28 MANNING, Patrick; TRIMMER, Tiffany. **Migration in World History**. New York: Routledge, 2013, p. 8.

identificado com a “era da migração”.²⁹

Dados de junho de 2018 do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados reforçam a concepção de uma “era da migração”, pois o número de refugiados já alcança 25.4 milhão e 3.1 milhão são solicitantes de asilo, sendo que metade desta população possui menos de 18 anos.³⁰

Este fenômeno migratório é ocasionado por uma série de fatores, tais como os conflitos armados, a discriminação étnica, a fome, as instabilidades na economia, as crises de governos, a globalização, e têm ocorrido de forma mais acentuada em algumas regiões do globo, onde esses indivíduos buscam respeito e dignidade.³¹ Há uma crescente tensão nos principais países de destino, eis que 67% dos migrantes têm como destino os mesmos 20 países, os quais passaram a intensificar as barreiras ao ingresso dos migrantes, criando uma crise migratória.³²

Apesar de não ser um fenômeno novo, a migração tem se intensificado como parte de um processo de globalização marcado pela concentração de riqueza nos países desenvolvidos e pela crise nos países em desenvolvimento. Assim, 85% dos migrantes saem de países em desenvolvimento rumo aos países desenvolvidos.³³ A situação é agravada pelo aumento da população mundial que saltou de 2.5 bilhões na década de 1950 para 7.6 bilhões na atualidade.³⁴

O aumento da população mundial intensifica as disputas pela migração nos países desenvolvidos e esse processo migratório é facilitado pelo transporte aéreo e pela internet. Assim, a tecnologia facilita a obtenção de informações acerca da realidade econômica e social dos países de destino, das suas políticas migratórias e possibilita a comunicação com os familiares. Além disso, as passagens aéreas de baixo custo facilitaram a

29 GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Penso, 2015, p. 467.

30 **Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR)**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acesso em 1.º de setembro de 2018 às 7h 05min.

31 GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das Minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p.275 e 276

32 Os Estados Unidos fornecem lar para 19% dos migrantes (47 milhões), seguido pela Alemanha (12 milhões), Rússia (12 milhões) e Arábia Saudita (10 milhões). SAMERS, Michael; COLLYER, Michael. **Migration**. 2.ª ed. New York: Routledge, 2017, p. 20.

33 Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR). Disponível em: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acesso em 1.º de setembro de 2018 às 7h 05min.

34 **Worldometers**. Disponível em: <http://www.worldometers.info/>. Acesso em 1.º de setembro de 2018 às 8h 06min.

mobilidade para outros continentes.³⁵

No ano de 2015, 1,3 milhão de pessoas ingressaram na Europa para solicitar refúgio, representando o dobro do número de pessoas do ano anterior. Esse expressivo aumento colocou o tema da migração e do refúgio no centro do debate político e demonstrou que as instituições da União Europeia não possuíam uma estratégia comum para lidar com o fluxo massivo de pessoas que ingressavam no continente. Como efeito, a opinião pública passou a desejar maior participação do Estado-nação em detrimento da União Europeia. Em junho de 2016 na Inglaterra a população votou pela saída do país do bloco europeu, o chamado Brexit. Ao mesmo tempo, partidos nacionalistas de extrema direita cresceram e a rejeição aos refugiados aumenta desenfreadamente entre a população.³⁶

O crescente aumento no número de migrantes em decorrência das dificuldades vividas nos países de origem gera a crise humanitária e, por outro lado, a intensificação nas restrições ao ingresso dos migrantes nos principais países de destino cria uma crise migratória. Migrantes e refugiados encontram-se encurralados entre os seus países de origem, muitas vezes destruídos pela guerra e violência, e os países de destino, com suas rígidas políticas de migração.

Tal contexto exige uma política internacional para os refugiados que contemple a promoção da paz e do desenvolvimento nos países de origem para que os refugiados possam regressar e o acolhimento equitativo entre os países de destino.

2.2 - REFORMAS NECESSÁRIAS NA CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS DE 1951

O artigo 1.º da Convenção de 1951 prevê a necessidade de que o refugiado se encontre fora do seu país de nacionalidade ou de origem para que possa solicitar o refúgio, forçando inúmeras pessoas a tentarem ingressar ilegalmente e com grave risco de vida em países estrangeiros.³⁷

35 AVELINE, Ricardo Strauch. O novo estatuto do estrangeiro (Projeto de Lei 5.655/2009) em abordagem comparativa e sociológica. *Revista Atitude*. Porto Alegre: Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Ano VI, n. 11, jan/jun 2012, p. 10.

36 BARLAI, Melani; FÄHNRIK, Birte; GRIESSLER, Christina; RHOMBERG, Markus. "Introduction". In: BARLAI, Melani; FÄHNRIK, Birte; GRIESSLER, Christina; RHOMBERG, Markus (Org.) *The Migrant Crisis: European Perspectives and National Discourses*. Zurich: LIT Verlag GmbH, 2017, p. 13-14.

37 EDWARDS, Alice. "International Refugee Law". In: MOECKLI, Daniel; SHAH,

Artigo 1.º. Definição do termo “refugiado”.

A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, **se encontra fora do país de sua nacionalidade** e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Essa restrição ao reconhecimento do *status* de refugiado faz com que pessoas tenham que se esconder nos chassis de caminhões na cidade francesa de Calais, por exemplo, para tentar ingressar no Reino Unido ou que viajem em embarcações clandestinas e superlotadas da Líbia para a Itália, seguidamente causando tragédias humanitárias. É uma limitação que sustenta redes de crime organizado, em que coiotes realizam práticas como contrabando e tráfico de pessoas.

Além disso, o refugiado não encontra proteção na Convenção de 1951 para o período em que está em trânsito rumo ao país de destino, sendo crescente o número de solicitações de proteção aos refugiados nestas condições com base em outros tratados de Direitos Humanos, utilizados para preencher a referida omissão.

A Convenção de 1951 também não protege as pessoas que são obrigadas a deixarem os seus lares em função dos problemas ambientais, os chamados refugiados ambientais. Problema que abrange desde as pessoas que vivem em locais onde a água e os alimentos não são mais seguros devido à poluição até as ilhas que estão desaparecendo pelo degelo das camadas polares e os territórios que estão sofrendo com o fenômeno da desertificação. Nesse contexto, é uma tendência que as disputas por recursos se intensifiquem e que um número crescente de pessoas seja forçado a deixar as suas regiões por motivos ambientais.³⁸

Pessoas que sofrem discriminação tampouco estão amparadas pelo conceito de refugiados, fazendo-se necessária uma perseguição

Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) *International Human Rights Law*. 3.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 539.

38 TÜRK, Volker; CORLISS, Steven. *UNHCR, The Environment and Climate Change*. Geneva: UNHCR, 2015, p. 4.

que as coloque em risco de vida e liberdade.³⁹ Diante de tal omissão, o que dizer às pessoas que solicitam refúgio após fugirem de países devido à homofobia que as coloca em risco de vida? A Convenção de 1951 não faz menção a essa situação, ainda assim inúmeras pessoas fogem de diferentes países africanos por discriminação de cunho homofóbico e necessitam recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos para serem reconhecidas como refugiados.

Há também países onde a lei discrimina as mulheres, países onde a violência doméstica não é punida e o adultério feminino é punido com pena de morte. Situações como essas não estão entre as cinco hipóteses previstas entre as perseguições que possibilitam o pedido de refúgio nos termos da Convenção de 1951. Ainda assim, no caso “Islam and Shah”, o Parlamento Britânico reconheceu o *status* de refugiadas a duas mulheres que sofriam perseguição com risco de vida por parte dos familiares dos seus maridos, após serem acusadas de adultério.⁴⁰

Finalmente, a concentração de renda e de riqueza nos países desenvolvidos e a conseqüente pobreza dos países subdesenvolvidos aumenta o número de pessoas que deixam os seus países por motivos econômicos e sociais. Esses migrantes não são reconhecidos como refugiados pela Convenção de 1951, precisando ingressar clandestinamente nos países de destino, onde passam a viver ilegalmente e em constante medo de serem identificados, presos e expulsos.

2.3 - O DIREITO DOS REFUGIADOS NO BRASIL E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DE MIGRAÇÕES

O Brasil após o Regime de Ditadura que durou vinte anos (entre 1964 e 1984), entrou em uma fase em que foram aprovadas leis avançadas na área dos Direitos Humanos, destacando-se a Lei Maria da Penha, o Estatuto dos Refugiados e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A dificuldade, entretanto, ocorre quando se trata de efetivar as referidas normas, existindo um imenso abismo entre o mundo do *dever ser* e o mundo do *ser*.

No caso da proteção aos refugiados e migrantes, a situação não se di-

39 EDWARDS, Alice. “International Refugee Law”. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law**. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 539.

40 GILBERT, Geoff; RÜSCH, Anna Magdalena. “International Refugee and Migration Law”. In: EVANS, Malcolm D. **International Law**. 5.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 820.

ferre, a Lei de Migração, Lei n.º 13.455/2017, prevê proteções ainda não disponíveis no âmbito da Convenção de 1951, garantindo acolhida humanitária para pessoas que venham de países que estejam sofrendo com problemas ambientais e também para as pessoas que venham de países onde ocorrem sérios problemas sociais e econômicos que afetam a estabilidade institucional.

É o que prevê o artigo 14 da referida lei:

Art. 14. (...)

§ 3º O visto temporário para **acolhida humanitária** poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em **situação de grave ou iminente instabilidade institucional**, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de **desastre ambiental** ou de **grave violação de direitos humanos** ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

O referido dispositivo representa um importante avanço na legislação de direitos humanos, reforçando os princípios constitucionais das relações internacionais do Brasil que preveem o acolhimento humanitário, o qual possui respaldo também em uma tradição brasileira de concessão de asilo político no país.

Ainda assim, no plano fático, as dificuldades por que passam os refugiados no território brasileiro ainda são muito graves, passando pela falta de documentação para acessar os serviços públicos de saúde, a dificuldade de obter um fiador para poder alugar um imóvel até problemas como a barreira do idioma, as diferenças culturais e a falta de emprego.

Na essência, os refugiados no Brasil sofrem com os mesmos problemas sociais pelos quais passam os brasileiros, tais como a insegurança, a crise econômica e o déficit de moradia, porém, no caso dos refugiados, a situação é agravada pela barreira do idioma, pelas diferenças culturais e pela ausência do apoio da família.

CONCLUSÃO

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 representaram um grande avanço na proteção jurídica dos refugiados no período posterior à Segunda Guerra Mundial, porém, diante da atual crise humanitária e migratória, os referidos documentos necessitam passar por uma reforma que amplie o conceito de refugiado para acolher pessoas que fogem dos

seus países de origem em função dos efeitos das mudanças climáticas, assim como, as pessoas que deixam seus países em função de instabilidades econômicas e sociais.

Além disso, a Convenção de 1951 precisa contemplar o direito de solicitação de refúgio no país de origem do refugiado, retirando dele o risco representado pela necessidade de ingressar no país destino para solicitar o refúgio. Muitas embarcações clandestinas repletas de refugiados já afundaram e, conseqüentemente, pessoas inocentes morreram em função do requisito legal de ter que solicitar o refúgio no país de destino.

Necessário também criar um sistema internacional de acolhimento equitativo de refugiados, em que cada Estado-membro da ONU se comprometa a receber uma percentagem dos refugiados, evitando que alguns países sejam sobrecarregados em detrimento de outros. Por outro lado, investimentos para a promoção da paz nos países de origem dos refugiados deveriam ser realizados, possibilitando a criação de um ambiente adequado para a repatriação dos refugiados.

O Brasil, através da Lei 13.455/2017 garantiu o acolhimento humanitário às vítimas de desastres ambientais e de graves crises institucionais, suprimindo as lacunas da Convenção de 1951 referentes ao conceito de refugiado, o que representou um avanço normativo de direitos humanos no plano interno.

No plano da efetivação dos direitos é que a legislação nacional é falha, pois não cria mecanismos estatais eficazes para garantir uma acolhida adequada aos refugiados com o encaminhamento educacional apropriado através do ensino do idioma e profissionalização para que tenham condições de exercer uma profissão no país anfitrião.

Além disso, atualmente não existe um plano nacional que preveja uma triagem para verificar os conhecimentos e habilidades dos refugiados e que aponte as regiões mais necessitadas do trabalho dos migrantes, promovendo o trabalho e o empreendedorismo. Pelo contrário, o Estado confere às instituições religiosas a responsabilidade uma responsabilidade enorme, sendo a Caritas Arquidiocese de São Paulo e do Rio de Janeiro responsáveis por um número crescente de refugiados que chegam no país.

Em muitos casos, os refugiados contam unicamente com a solidariedade do povo brasileiro e atuam na informalidade como vendedores de rua. Desconhecem o idioma pátrio e, na maioria dos casos, estão desintegrados socialmente.

A Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 criou um órgão chamado ACNUR (Alto Comissariado da ONU para os

Refugiados), responsável por apoiar e supervisionar os Estados signatários no cumprimento dos direitos dos refugiados. O ACNUR, entretanto, não possui condições financeiras para apoiar suficientemente os refugiados localizados no Brasil, pois seus recursos não são suficientes para alcançar a dimensão global do problema.

De acordo com a Convenção, cada país garantirá aos refugiados as condições sociais conferidas ao seu próprio povo, o que significa, no caso do Brasil, a rede pública de saúde, de educação e o bolsa família.

Considerando que o Estado não consegue garantir os direitos sociais para a própria população brasileira, o que esperar em relação aos refugiados?

Assim, pode-se dizer que o grau de efetivação dos direitos dos refugiados não tem sido suficiente para que eles tenham uma adequada condição de vida no Brasil. O desconhecimento do idioma nacional é um fator central nesta problemática, o qual está relacionado com a falta de planejamento do Estado brasileiro no momento de receber, cadastrar e acompanhar a estadia de cada refugiado no país.

Os refugiados que estão no Brasil encontram inúmeras dificuldades para efetivação de seus direitos, o que se agrava com a atual crise socioeconômica. Entre as principais dificuldades estão a falta de estrutura na área da saúde, da educação, do saneamento básico e da moradia. Refugiados que vivem no Brasil apontam também dificuldades como: o preconceito, a dificuldade em aprender o idioma e conseguir moradia digna e a rejeição no mercado de trabalho.

O aumento no número de refugiados no Brasil reforça a crença de que o Estado brasileiro deve criar um plano nacional para acolhimento dos refugiados e uma política pública capaz de integrá-los adequadamente na sociedade brasileira.

A ausência de tais medidas pode implicar em uma sociedade composta por guetos de refugiados de diferentes grupos étnicos, excluídos socialmente. Eventualmente, poderia implicar em algum nível de violência e criminalidade.

Por outro lado, uma política pública inclusiva pode implicar em uma sociedade cosmopolita com uma riqueza cultural ainda maior, pode garantir a criação de novas empresas, refletindo em riqueza na área da gastronomia, da cultura e da música, dos idiomas e da força de trabalho.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR). Disponível em: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acesso em 1.º de setembro de 2018 às 7h 05min.

ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AVELINE, Ricardo Strauch. O novo estatuto do estrangeiro (Projeto de Lei 5.655/2009) em abordagem comparativa e sociológica. **Revista Atitude.** Ano VI, n. 11, jan./jun., 2012. Porto Alegre: Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, 2012.

BARLAI, Melani; FÄHNRIK, Birte; GRIESSLER, Christina; RHOMBERG, Markus (Org.) **The Migrant Crisis: European Perspectives and National Discourses.** Zurich: LIT Verlag GmbH, 2017.

BARRETO, Luis Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil: A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas.** Brasília: ACNUR/Ministério da Justiça, 2010.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

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

EVANS, Malcolm D. **International Law.** 5.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Porto Alegre: Penso, 2015.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das Minorias e grupos vulneráveis.** Ijuí: Unijuí, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos Refugiados e sua**

aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

MANNING, Patrick; TRIMMER, Tiffany. **Migration in World History.** New York: Routledge, 2013.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN (Org.) **International Human Rights Law.** 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAMERS, Michael; COLLYER, Michael. **Migration.** 2.^a ed. New York: Routledge, 2017.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais.** 4.ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TÜRK, Volker; CORLISS, Steven. **UNHCR, The Environment and Climate Change.** Geneva: UNHCR, 2015.

Worldometers. Disponível em: <http://www.worldometers.info/>. Acesso em 1.º de setembro de 2018 às 8h 06min.

REFLEXÕES SOBRE MULTICULTURALISMO, AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E RELATIVISMO DE DIREITOS

NATAMMY LUANA DE AGUIAR BONISSONI¹

INTRODUÇÃO

Muito tem se falado em multiculturalismo e autonomia cultural. Nas últimas décadas, a defesa da política multicultural e a autodeterminação foram apresentadas como possíveis respostas ao crescente fluxo migratório e às tentativas de integrar certos grupos minoritários a determinados corpos políticos. Porém, nos últimos anos, as manifestações dos líderes políticos das nações que mais aplicam o multiculturalismo em seus territórios, intensificaram-se no sentido de considerar falaciosas e repensar as inúmeras medidas tomadas sobre o assunto.

Ao analisar as origens do que hoje é conhecido como princípio da autodeterminação dos povos, inicialmente apresentado na Carta das Nações Unidas, verifica-se que a ideia inicial era permitir aos povos colonizados, a possibilidade de se desvincularem de um regime de opressão em respeito à soberania dos Estados que poderiam surgir a partir da autodeterminação.

Neste sentido, a autodeterminação foi reconhecida pelas Constituições de diversos países como um dos preceitos norteadores das suas relações internacionais, utilizado sobretudo após as guerras do Século XX.

No entanto, com o advento do multiculturalismo e o surgimento de diversas políticas de autonomia e integração, percebe-se que o princípio tem sido atualmente utilizado como um ponto de partida para a relativização de normas jurídicas em favor de grupos culturais minoritários. Por meio da aquiescência à retenção dos aspectos culturais da cultura originária somada à desobrigação da assimilação cultural junto ao grupo majoritário, decorrente conservação de tradições e costumes que apresentam implicações jurídicas distintas às normas do território povoado, prevalecem sobre as leis aplicadas à comunidade geral.

1 Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito e Religião. Contato: natammy@hotmail.com.

É neste contexto que se verifica a relevância da reflexão sobre a relação da autodeterminação com o multiculturalismo e a consequente relativização de direitos. Uma vez que há culturas distintas em um mesmo território, certamente haverá valores e padrões morais que naturalmente geram distintas percepções jurídicas. Assim, se não houver uma obrigatoriedade comum de cumprimento de direitos e deveres que sejam válidos para todo o corpo social; a fim de atender a comunidade multicultural, haverá neste território, diferentes interpretações de uma mesma norma jurídica, como tem sido recorrente em alguns países da União Europeia.

Portanto, o presente ensaio tem por objetivo analisar a consequente relativização de direitos decorrente do princípio da autodeterminação dos povos e o consequente multiculturalismo. Destaca-se que a autora, cônica da complexidade do desenvolvimento do tema em razão de diversas variáveis e especificidades, expõe neste artigo sua preocupação resultante de estudos realizados na sua Tese de Doutorado, ciente de que certamente haverá indagações que não serão apontadas em razão da objetividade do mesmo. Para alcançar seu objetivo, o trabalho consistirá na verificação da autodeterminação e do multiculturalismo de forma individualizada, para, ao final, observar o relativismo de direitos como um efeito decorrente da interação entre ambos.

1 - O SURGIMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO

Hernando V. Cañardo (2015, p. 162) compreende o princípio da autodeterminação dos povos como uma das raízes da democracia, ao passo que este permite a um povo organizado, que vive em um território específico, a determinação do seu destino político como comunidade.

A despeito das origens históricas apontar para a autodeterminação do povo hebreu como a possível gênese deste princípio, foi por meio do Tratado de Versalhes, que modificou o mapa político europeu sem levar em consideração as sensibilidades religiosas, étnicas e culturais, que as raízes modernas da autodeterminação passaram a despontar.

Woodrow Wilson então propôs que a Europa se redesenhasse, levando em consideração *aspectos raciales, antecedentes históricos y elementos económicos y comerciales*. Logo, em 1945 a Carta das Nações Unidas apresentou a autodeterminação dos povos como um direito necessário para o desenvolvimento de “relações amistosas entre as nações” (BRASIL, 1945).

É possível constatar que entre 1945 e 1970 a autodeterminação

dos povos modificou o mapa político mundial, no sentido de permitir que certas colônias se separassem dos seus Estados de origem, bem como assentiu a legitimação da autodeterminação de minorias dentro de uma ex-colônia (CAÑARDO, 2015, p. 168). Para alguns autores, o reconhecimento dos direitos de minorias é considerado uma modalidade de exercício da autodeterminação que consiste na tutela, por parte do Estado, dos direitos dos grupos minoritários que estão em seu território. Essa proteção pode ocorrer para favorecer a isonomia de direitos entre os indivíduos integrantes do povo majoritário e da minoria, ou então para preservar o grupo minoritário como tal, nas suas particularidades étnicas, especialmente na sua língua, usos e costumes (HEPP, 2005, p. 30).

Por essa forma de autodeterminação, além de os indivíduos pertencentes a uma minoria serem titulares dos mesmos direitos que os indivíduos do povo majoritário, compreende-se que o grupo minoritário deve receber do Estado as condições necessárias para preservar, expressar e transmitir os seus valores às gerações futuras. Entretanto, compreendia-se que o grupo destinatário deste direito deveria ser formado por comunidades historicamente estabelecidas e que participaram da conformação de sua identidade nacional, e não composta de migrantes das últimas décadas (CASAGRANDE *apud* HEPP, p. 30).

No entanto, ao verificar a aplicação do princípio a certos grupos minoritários, constituídos a partir da concentração de imigrantes, constata-se que o propósito inicial da autodeterminação passou a se adaptar frente aos dilemas sociais. Desponta então a relação entre a autodeterminação e as minorias. Alcançar um conceito unívoco de minoria não é uma atribuição simples, pois cada minoria, dependendo do contexto em que está inserida, possui características próprias, o que enseja uma definição diferente para cada situação específica. No entendimento de Celso de Mello (2004, p. 955), a despeito da descrição de minoria ter sido amplamente discutida na ONU, a posição brasileira sustentada por Afrânio de Melo Franco, na Liga das Nações, parece ser a mais acertada. Segundo o diplomata:

“Uma minoria, tal como a concebem s tratados de proteção, não é só um grupo étnico incrustado no corpo de certo Estado, cuja maioria forma coletividade étnica distinta. (...) A simples coexistência de grupos humanos, formando entidades coletivas, etnicamente diferentes no território e sob a jurisdição e um Estado, ao lado da maioria da população, uma minoria cuja proteção seja confiada aos cuidados da Liga das Nações”.

Ou seja, é possível identificar as minorias como “grupos de população não dominantes que possuem e desejam conservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis se diferenciando claramente daquelas do resto da população”. Assim sendo, sugere-se que elas sejam “numericamente bastante importantes para serem capazes de conservar por elas próprias tais tradições ou características” (MELLO, 2004, p. 957).

Muito embora a ideia de minorias continue a se espalhar por diversos países, inúmeros grupos buscam se enquadrar como tais, a exemplo dos de imigrantes, o que já representava uma preocupação para o continente americano desde antes da fundação da ONU. Com o advento da globalização, o surgimento de diversas organizações transnacionais que requerem a concessão de soberania dos Estados-membros, o aumento do fluxo migratório e o enfraquecimento da ideia de Estado-nação tem contribuído para o oferecimento de novas perspectivas às minorias que, por conseguinte, haja vista as inúmeras diferenças étnicas, culturais e/ou religiosas têm recebido autonomia para se autodeterminar no âmbito de Estados nacionais.

É neste contexto que surge um novo fenômeno após a Segunda Guerra, e que passa a interferir diretamente no desenvolvimento de comunidades culturais, inicialmente em Estados europeus e depois em diversos países na América. Com o advento do multiculturalismo, certas prerrogativas que inicialmente estavam previstas para serem concedidas apenas a povos autóctones passaram a ser admitidas também a grupos de imigrantes, para que estes retivessem suas idiossincrasias culturais e consequentemente jurídicas em detrimento das tradições do país que os acolheu.

2 - O QUE É O MULTICULTURALISMO

Muito tem se falado em multiculturalismo nos últimos anos. Assunto corriqueiro nos meios de comunicação, redes sociais e pautas políticas, a temática foi considerada um fracasso por Nicolas Sarkozy e uma das questões mais debatidas em meio ao *Brexit*. Em 2015, após a Alemanha ter sido o país que mais recebeu imigrantes de países não membros da União Europeia, Angela Merkel reafirmou que o multiculturalismo é uma falácia, permitindo com que pessoas vivam em uma mentira subsistindo em sociedades paralelas. Marine La Penn, dois anos mais tarde, foi para o segundo da eleição francesa em defesa de uma política antimulticultural.

Para compreender o porquê de nações europeias rejeitarem a proposta de um tema tão em voga desde a década de 60, necessária é a com-

preensão do seu conceito e o entendimento e alcance de suas implicações.

Apesar do tema estar no centro de constante debates, a demasiada utilização da expressão multiculturalismo não contribuiu para estabilizar ou elucidar o seu significado por completo. Para Stuart Hall (2003, p. 51), na falta de conceitos menos complexos que possibilitem a reflexão sobre o tema, não resta alternativa a não ser continuar utilizando o termo conforme o mesmo continua a ser interrogado. A despeito das inúmeras possibilidades de definição a partir de outras áreas de conhecimento, optou-se por trabalhar com a abordagem apresentada por Bobbio, Matteucci e Pasquino (*apud* RANDAZZO, 2013, p. 1). Para os autores, o multiculturalismo pode ser compreendido como

la pari dignità da riconoscersi alle espressioni culturali dei gruppi e delle comunità che convivono in una società democratica e all'idea che ciascun essere umano ha diritto a crescere dentro una cultura che sia la propria e non quella contingentemente maggioritaria nel contesto socio-politico entro cui si trova a vivere.

Assim sendo, confere-se ao termo o reconhecimento de expressões culturais de grupos e comunidades conviventes em uma sociedade democrática, admitindo que cada povo tenha a possibilidade de crescer e se desenvolver em meio a sua própria cultura e não necessariamente de acordo com uma cultura majoritária.

Consoante a tal percepção, é possível analisar a postura adotada pelo Canadá. Em 1971, Pierre Trudeau adotou o multiculturalismo como uma política pública, a fim de promover as minorias culturais à proporção que as incluía de forma igualitária no espaço público. Exemplificando o modelo posto em prática na América do Norte, que assegurou a igualdade de direito e valor a todos os grupos étnicos que se encontravam no país, Trudeau oficialmente estabeleceu o “anti-assimilacionismo”² (CAVALCANTI, SIMÕES, 2013) como a principal característica canadense em aspectos culturais (RICHTER, 2001, p. 37). Ou seja, acreditou-se que esta proposta de multiculturalismo, que não estimulava a assimilação cultural dos recém chegados ao país à cultura majoritária, seria uma justa resposta à diversidade cultural existente, por meio das políticas de reconhecimento das minorias culturais.

Neste momento importante é esclarecer que o multiculturalismo reside na possibilidade de uma comunidade política consentir com que

2 A política assimilacionista é baseada na ideia de que a equidade e a igualdade podem ser alcançadas através da plena adoção de regras e valores coletivos da república.

um grupo cultural existente em seu território tenha a opção de escolher viver de acordo com as suas próprias regras, em detrimento da norma geral que rege um determinado território. Neste caso, os direitos e deveres que são válidos para a maioria não devem ser necessariamente válidos para todos, tendo em vista as divergências culturais e a possibilidade do grupo poder se autodeterminar.

Por outro lado, necessário é elucidar o conceito de pluralismo, a fim de evitar qualquer miscelânea conceitual. Quando uma comunidade política considerar que existem princípios e normas, válidos universalmente para todos os habitantes daquele mesmo território, independente de crença, religião ou raça, o que ocorre é a constatação do pluralismo que, em meio às divergências, sujeita povos distintos a um mesmo sistema de direitos e deveres.

Nesse sentido, é possível verificar que enquanto no multiculturalismo os membros de um grupo minoritário não precisam assimilar a cultura local, e conseqüentemente o seu produto normativo como parte do seu processo de integração à sociedade, o pluralismo preconiza a diversidade, ao passo que a comunidade como um todo é sujeita a um idêntico rol de normas jurídicas.

Eleonora Ceccherini (CECCHERINI *apud* BAGNI, 2017, p. 7) compreende que a valorização do multiculturalismo *excluye cualquiera lógica de integración*. Para Ceccherini, o seu fim último [...] *no es la integración total en una comunidad política sino el deslinde de su propia identidad cultural*.

A partir deste entendimento, percebe-se que o multiculturalismo³ pode desestabilizar princípios e valores já solidificados na sociedade, bem como enfraquecer a consciência das liberdades individuais, institucionais e sociais, expondo o indivíduo à necessidade de um constante reposicionar diante de si mesmo e em relação ao complexo social (AZEVEDO, 1991, p. 124).

Roger Scruton (2016, p. 129) defende que os benefícios naturais do ideal de cidadania construído pelo Ocidente têm sido ultimamente utilizados para repudiar as pretensões de civilização com o argumento de que, em nome do multiculturalismo, a população deve se distanciar dos seus costumes e crenças, e até mesmo ‘descartá-los’, com o objetivo de se tornar uma sociedade ‘inclusiva’ em que “todos os recém-chegados se sintam em casa, independentemente de qualquer esforço de adaptação ao novo ambiente que os cerca.”

3 Apresentado originalmente pelo autor como pluralismo. Todavia, compreende-se neste ensaio a ideia apresentada de ‘pluralismo’ como multiculturalismo.

Consequentemente, Romy Hasan (2010, p. 21) assevera que em vez de encontrar uma sociedade respeitosa, tolerante e socialmente coesa, evidências mostram as implicações de tal prática: *segregation, ghettoization, resentment, alienation, communal stress and [...] parallel lives* em locais que não demandam políticas de assimilação.

Ou seja, comunidades paralelas são criadas dentro de Estados com uma cultura jurídica já desenvolvida e solidificada e que podem gerar guetos e ocasionar uma segregação entre o povo como uma resultante da falta de assimilação que inicialmente é cultural, mas que posteriormente se torna jurídica.

3 - O MULTICULTURALISMO E O RELATIVISMO DE DIREITOS

Rudolf Carnap (CARNAP *apud* COHNITZ, DANIEL, PAGIN, PETER, ROSSBERG, MARCUS, 2014) em um ensaio denominado *Principle of Tolerance*, firmou os fundamentos do pluralismo lógico através da afirmação: “Na lógica, não existe moral. Cada um tem a liberdade de construir a sua própria lógica, a sua própria forma de linguagem como bem entender”. A partir deste entendimento, o posicionamento do filósofo alemão em não defender a existência de uma posição lógica, abriu um leque de possibilidades para que cada pessoa pudesse criar a sua própria posição, dando abertura ao pensamento multicultural.

De acordo com esta ideia, se em uma comunidade há grupos com diferentes culturas e tradições, tais costumes não poderiam ser considerados ‘melhores’ ou ‘piores’, ou certas ações serem caracterizadas como ‘legais’ ou ‘ilegais’ mas caberia à sociedade o consentimento com o que fora decidido. Ou seja, a impossibilidade de emissão de juízo de valor (PERA, 2011, p. 111).

Contrária a este entendimento pode se considerar a posição da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Produzida após ocorridos na Segunda Guerra Mundial, o documento foi redigido com a finalidade de evitar que possíveis abusos ocorressem novamente. Assim, *o conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y a igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*, segundo o entendimento de Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 50), passaram a ser resguardados em qualquer espaço, defendido em qualquer tempo e tutelado em meio a qualquer cultura.

Luigi Ferrajoli (2008) faz uma constatação interessante ao afirmar que tais direitos não são universais por serem universalmente compartilhados, mas por serem atribuídos a todos e em garantia de todos, independentemente de suas próprias opiniões. Logo, verifica-se que nem todos precisam concordar com a existência destes direitos. Eles são garantidos universalmente e devem continuar sendo, sem levar em consideração o consentimento individual.

Desde o surgimento e durante o desenvolvimento das sociedades tem se percebido os inúmeros conflitos oriundos entre indivíduos e grupos em razão dos diferentes padrões culturais. As civilizações foram fortalecidas ou enfraquecidas por meio de conflitos e conquistas territoriais. Todavia, para o homem ocidental, foi acordado que tais contendas poderiam ser resolvidas por um ‘princípio superior’⁴ radicado na lei, no entendimento de que os indivíduos têm o direito de escolher como viver (DALRYMPLE, 2014, p. 50).

Na concepção de Theodore Dalrymple (2014, p. 50), a ideia de que todos podem conviver juntos, “sem a lei ter de distinguir favoravelmente um conjunto de valores culturais de outro, é mais do que simplesmente falsa, e não faz nenhum sentido”. Michael Sandel (2015, p. 273) corrobora com tal entendimento ao asseverar que “ [...] se nos considerarmos seres livres e independentes, sem as amarras morais de valores que não escolhemos, não terão sentido para nós as muitas obrigações morais e políticas que normalmente aceitamos e até mesmo valorizamos”.

Porém, a relativização da ordem cultural e de conceitos que por séculos permaneceram estáticos, possibilitou um relativismo moral com consequências normativas. Por conseguinte, aquilo que seria caracterizado como moralmente bom - ou legal, para a perspectiva jurídica - ou mal - ou ilegal - passou a depender de três fatores específicos: 1) depender do que a pessoa aceita como critérios éticos para si mesma. Por esta perspectiva, ninguém está apto de julgar moralmente o outro, impossibilitando as avaliações morais interpessoais; 2) depender do que um grupo de pessoas aceita como critérios éticos para si mesmo. Neste caso pode haver avaliações morais dentro do grupo e não entre grupos; 3) por fim, depender do que uma pessoa ou grupo aceita como critérios éticos não somete para si mesmo, mas também para uma aplicação universal. Neste exemplo, os critérios deverão ser sempre subjetivos e nunca poderão ser justificados de forma

4 Estes princípios superiores seriam os direitos humanos fundamentais, inalienáveis a qualquer ser humano e sustentados, no entendimento da pesquisa, pelos pressupostos do direito natural.

objetiva, ou nunca se submeterão a um sistema normativo dissociado de sua perspectiva cultural (ZIMMERLING, 1990, p. 35).

Sob a alegação de ser inconcebível a imposição de valores, princípios e direitos a uma determinada sociedade, tendo em vista não existir em caráter absoluto uma concepção universal válida para todos os povos a respeito do que seriam direitos inatos à pessoa humana, percebe-se que todo e qualquer resquício de objetividade foram evolutivamente sendo retirados do debate público, até permearem na seara do direito internacional dos direitos humanos.

Gregorio Peces-Barba Martínez (1994, p. 613) entende que o debate da temática tem sido relevante para diversos estudiosos das ciências sociais e humanas e que a atualidade do tema encontra pertinência, entre outras relevâncias, nas discussões sobre os seus relativismos. E quando o direito individual entra em choque com alguma forma de assimilação cultural, Ferrajoli (2008) é claro ao afirmar que o objeto de tutela deve ser o indivíduo e não a cultura.

Em suma, para Ferrajoli (2008) *es absurda la idea de que las culturas, cualquiera de ellas, incluida la nuestra, puedan prevalecer sobre los derechos de las personas*. Para ilustrar como a defesa do direito à autodeterminação pode violar a autonomia do indivíduo em favor da tradição cultural é possível citar o caso da infibulação. A partir deste exemplo, o professor afirma que respeito algum a qualquer cultura pode justificar um ato que pode ser praticado contrário à vontade daquela que sofre, e, em razão da gravidade dos ferimentos, é possível depreender que o cometimento do ato não é fruto do livre arbítrio da mulher, e sim, resultado de uma coação religiosa ou cultural (FERRAJOLI, 2008).

Diante das mais variadas violações de direitos humanos ocorridas na atualidade, muitas delas tem ocorrido sob o discurso da autodeterminação cultural. Diversos grupos culturais utilizam a prerrogativa de autodeterminação para violarem disposições constitucionais e direitos fundamentais.

A despeito das diversas tentativas de se buscar defender a aplicação de certos princípios e normas constitucionais em detrimento de alguns costumes culturais ocorrerem em diferentes países, em diversos momentos, são consideradas posturas imperialistas, ofensivas e colonialistas. Ferrajoli (2008), no entanto, considera um equívoco a busca pela universalidade dos direitos fundamentais ser interpretada como uma manifestação de imperialismo do Ocidente. Aliás, Slavoj Žižek afirmou que a resposta para as grandes crises culturais e religiosas pela qual a Europa tem passado não está mais no discurso de inclusão e na tolerância, mas na existência de nova

cultura dominante que possa estabelecer limites. Para o filósofo, “a maior ameaça para a Europa é a sua inércia, o seu refúgio numa cultura de apatia e de relativismo geral” (ŽIŽEK *apud* SPIEGEL, 2015).

Desta forma, depreende-se que a valorização de princípios e valores comuns, estabelecidos pelo direito internacional dos direitos humanos e abraçados por um ordenamento jurídico pátrio, pode ser utilizado não apenas como um parâmetro axiológico norteador e estabelecedor de limites, mas também como um instrumento de integração e comunicação entre diferentes culturas, desde que devidamente considerada e aplicada.

Percebe-se que, muito embora o instituto da autodeterminação dos povos tenha surgido como uma tentativa de buscar levar autonomia a inúmeros grupos que, por diversas razões foram separados de suas comunidades, como ocorreu em boa parte da primeira metade do Século XX; muitos têm buscado os benefícios que tal princípio pode acarretar mesmo quando claramente contrários a direitos internacionalmente e constitucionalmente reconhecidos.

Tal percepção configura a necessidade de repensar os limites do multiculturalismo, quando suas políticas são postas em práticas em países que reconhecem a existência de direitos universalmente válidos para todos os povos e culturas e que têm, nos últimos anos, claramente relativizado suas leis e normas constitucionais em favor de costumes culturais de minorias localizadas em seus territórios.

CONCLUSÃO

Desde o advento das grandes navegações, o que facilitou e até mesmo proporcionou um salto no fluxo migratório, posteriormente potencializado pelas revoluções da era moderna e a ocorrência das guerras do século XX, percebe-se a importância em reconhecer que a manutenção da convivência pacífica de diferentes grupos culturais em um mesmo espaço social tem sido um dos principais desafios da sociedade moderna (IGARTUA, 2011).

Entretanto, o instituto do multiculturalismo e os seus relativismos, principalmente quando estes atingem a esfera normativa, precisa ser estudado de forma mais aprofundada, a fim de verificar se as estratégias e políticas adotadas são compatíveis com os Estados Constitucionais ratificadores da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Will Kymlicka (1995, p. 108) entende que [...] *rethink the justice*

of minority rights claims deve ser a máxima utilizada em defesa da ação do Estado em favor das minorias. Para o filósofo político, forçar as minorias à assimilação de uma cultura é desrespeitar a identidade individual e fomentar injustiças e desigualdades.

Por outro lado, surgem indagações. Não seria injusto, para com os habitantes de uma nação, serem sujeitos a determinadas normas não aplicadas a todos os residentes do seu Estado em razão de incompatibilidade cultural? Se o Estado conceder a certos grupos a liberdade para que estes se autodeterminem, ele não estaria comprometendo os seus princípios de igual dignidade e liberdade a todos?

John Finnis (2009) ao citar o exemplo da decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Refah Partisi v. Turkey* (UJO, 2013)⁵, sobre a possibilidade de um grupo religioso rejeitar elementos de ordem constitucional, defende que o Estado não deve ficar indiferente diante de doutrinas religiosas – ou culturais – que tenham por finalidade a violação de certos direitos humanos.

Logo, é natural que não se aprove a ação do Estado que seja indiferente ante a grupos culturais que, implicitamente ou explicitamente, busquem, por meio de seus atos, violar direitos humanos fundamentais ou qualquer outro princípio constitucional sob a suposta alegação de estar usufruindo o direito de autodeterminação.

Considerando que há incontáveis tradições culturais, é natural que suas percepções acerca dos direitos e das liberdades sejam diferentes e até mesmo antagônicas. Isto posto, se os interesses defendidos por um grupo cultural forem compatíveis com os axiomas do Estado e seus direitos e garantias fundamentais, caberá ao Estado agir favoravelmente em benefício de tal comunidade.

Em contrapartida, entende-se que o Estado não deverá ficar indiferente quando grupos culturais, sob a tutela do princípio e direito de

5 Neste caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ratificou a decisão da Suprema Corte da Turquia que dissolveu o principal partido do então governo eleito. A decisão foi tomada haja vista o partido estar se preparando para introduzir a *sharia*, tanto como uma lei aplicável a todos os cidadãos ou como parte de um esquema em que qualquer cidadão estaria sujeito à lei de sua própria religião. Para tanto, a Corte entendeu que a *sharia* é incompatível com os princípios da democracia, em conformidade ao que está estabelecido na Convenção. Os juízes do tribunal afirmaram, de forma unânime que: *A regime based on sharia clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. A political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention.*

autodeterminação dos povos, violem, de forma direta ou indireta direitos humanos fundamentais e o conjunto normativo aplicados a todos os residentes em seu território.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Marcelo de Carvalho. **Entroncamentos e entrechoques**: vivendo a fé em um mundo plural. Edições Loyola: São Paulo, 1991.

BAGNI, Silvia. Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural. In: **Lo Stato Interculturale**: una nuova utopia?. Bologna: Università di Bologna, 2017.

Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dizionario di Politica. Apud RANDAZZO, Alberto. Ruolo genitoriale e società interculturale. In: **Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa**. Disponível em: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=907>.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm

CAÑARDO, Hernando V. Análisis de la validez del principio de auto-determinación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de uti possidetis y terra nullius en la adquisición de territorios. Forum. **Anuario del Centro de Derecho Constitucional**, 3. p. 162. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/analisis-validez-pueblos-secesion.pdf>.

CARNAP, Rudolf apud COHNITZ, Daniel, PAGIN, Peter, ROSSBERG, Marcus. **Monism, Pluralism and Relativism: New Essays on the Status of Logic**. v. 79. p. 201–210, 2014. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10670-013-9473-0>.

CAVALCANTI, Leonardo, SIMÕES, Gustavo Frota. Assimilacionismo x multiculturalismo: reflexões teóricas sobre os modelos de recepção dos imigrantes. **Revista Esferas**. Ano 2, n. 3, julho a dezembro de 2013.

CECCHERINI, Eleonora. Multiculturalismo (dir. comp.), en Dig. disc. pubbl., Aggiornamento, t. II, Torino, Utet, 2008, p. 489 apud BAGNI, Silvia. Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural. In: **Lo Stato Interculturale: una nuova utopia?**. Bologna: Università di Bologna, 2017.

DALRYMPLE, Theodore. **A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral.** Tradução de: Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** n. 122, 2008. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4009/5113>.

FINNIS, John. Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention? **Notre Dame Law School.** 54 am. J. Juris 41. 2009. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1867&context=law_faculty_scholarship

HALL, Stuart. **Da diáspora: identidade e mediações culturais.** Tradução de: Adelaine La Guardia Rezende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

HASAN, Romy. **Multiculturalism: Some Inconvenient Truths.** London: Politico's, 2010.

HEPP, Carmem. O princípio da autodeterminação dos povos e sua aplicação aos palestinos. **Monografia.** UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40400/M529.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

IGARTUA, Esteban Anchustegui. Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades.** n. 13, nº 26, 2011. Disponível em: <http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/Año%2013%20%20Nº%2026%20%202011/Debate%20en%20torno%20al%20multiculturalismo.pdf>

KYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights.** Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 108

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. **Doxa**. N. 15-16. 1994. p. 6. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10645>

PERA, Marcello. **Why We Should Call Ourselves Christians: The Religious Roots of Free Societies**. Traduzido por: L. B. Lappin. New York: Encounter Books, 2011.

RICHTER, Miriam Verena. **Creating the national mosaic: multiculturalism in Canadian children's literature from 1950 to 1994**. Rodopi: Amsterdam, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. Tradução de Bruno Garschagen. Edição 4. Rio de Janeiro: Record, 2016.

UIO. Universitetet i Oslo. **Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey**. Disponível em: https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5120/h08/undervisningsmateriale/Case_brief_REFAH_PARTISI.pdf

ZIMMERLING, Ruth. Necesidades básicas y relativismo moral. **Doxa**. N. 07. 1990. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10818>

ŽIŽEK, Slavoj *apud* SPIEGEL, Der. A maior ameaça para a Europa é a sua inércia, apatia e relativismo geral. **Vox Europ**. Disponível em: <http://www.voxeurop.eu/pt/content/news-brief/4920233-maior-ameaca-para-europa-e-sua-inercia-apatia-e-relativismo-geral>

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

NANCY NELLY GONZÁLEZ SANMIGUEL¹

Esta mesa fue integrada por: John Joseph Wamwara, Paulo Gilberto Fagundes Visentini, Eduardo Javier Jourdan, Álvaro Camargo Solano y Maristela Basso. Las exposiciones presentadas por los integrantes versaron sobre el Derecho de la Justicia de los Pueblos.

John Joseph Wamwara tituló su exposición: Constitutionalism, liberal democracy and populism: a critical appraisal of the populist wave and the liberal culture. Partiendo de lo qué es el populismo y el nacionalismo, el expositor consideró que la filosofía del gobierno es aquella que encuentra su fundamento en la voz del pueblo, misma que le brinda a la autoridad política la legitimidad para ejercer sus actuaciones. De esta manera, se cuestionó al gobierno de las mayorías, sobre todo en los efectos que puede tener con las minorías.

La mayoría manifestada como decisión del pueblo que garantiza la legitimidad del poder ejecutivo puede llegar a ser problemática si se pierde el equilibrio entre las mayorías y las minorías, corriendo el riesgo de generar un gobierno populista que omita los derechos y reclamos de las minorías, gobernando sólo para unos y para otros no. Dicho lo anterior, el expositor consideró que el populismo tiene la ventaja de contar con la legitimidad de la mayoría, lo cual es una buena forma para llevar a cabo el actuar gubernamental y el equilibrio del Estado de derecho, principalmente porque la mayoría está de acuerdo en la toma de decisiones, teniendo como objetivo el procurar el bienestar de la comunidad.

Dicho panelista estableció cuál sería la diferencia entre la democracia liberal y el populismo, ya que considera que ambas concepciones refieren a decisiones que se toman por la mayoría. Consideró que la democracia liberal es aquel sistema donde las autoridades son elegidas por los individuos que lo conforman, garantizando de esta manera una inviolabilidad en la toma de decisiones al establecer y desarrollar como principios la razón, la equidad, el Estado de Derecho y la justicia.

1 Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Doctora en Derecho. Correo: nancygonsa09@hotmail.com

Para el expositor los liberales se han ido convirtiendo en populistas debido a factores económicos, mismos que favorecen la existencia de una diferencia entre las elites, y con ello la aparición de la desigualdad. Por tal motivo, señaló que los populistas se van apropiando de los sistemas, pues estas teorías y prácticas se basan en una idea de justicia social dirigida a la protección de los intereses de los grupos y personas menos favorecidas al interior de la sociedad.

Comparte este trabajo la filosofía de John Rawls acerca de su teoría de la justicia, considerando necesaria la equidad, ya que establece derechos y deberes que son básicos, señalando el principio de la diferencia y la reparación para tener el enfoque de ayudar a aquellos que son desfavorecidos dentro del esquema de los derechos sociales. Referente al principio de reparación mencionó que hay cambiar o mitigar las condiciones o circunstancias que se propiciaron dentro de la sociedad, por lo cual habló acerca del Igualitarismo, pues a través de esta postura es posible comprender cuáles son las prioridades que se deben atender para que no exista una desigualdad en ciertos dentro de la escala social. Señaló el utilitarismo de John Stuart Mill considerando que la felicidad es un elemento para considerar en la formación de las leyes y la estructura que dan vida a las instituciones para atender el interés general de la sociedad, siempre en la búsqueda de una cohesión social.

Como conclusión, el expositor manifestó que existe una guerra ideológica entre los comunistas, los populistas y los nacionalistas, misma que ha sido plasmada en la historia, y que ha tenido funestas consecuencias para las sociedades, no obstante, el problema continúa radicando en la existencia de un fuerte elitismo que impide la participación adecuada de las mayorías en la toma de decisión, derivando en un rechazo de la política.

Paulo Gilberto Fagundes Visentini tituló su exposición: Autodeterminación de los pueblos teoría y práctica. Afirmó que el derecho se debería concentrar en los resultados observados, ofreciendo una concepción de un idealismo de la República Democrática, la cual se puede conseguir como construcción política. Esta República Democrática puede darse por factores comunes como el idioma, que es la forma de comunicación, y así como también los dialectos que existen para proteger esta forma de comunicación que se da en el Estado.

A través de los discursos nacionales los pueblos pudieron ejercer una política en construcción y así conformar un aparato público que es lo que se le denomina Estado, mismo que está organizado y determinado por normas. Esta forma de visualizar al Estado es por medio de imposición de

los gobiernos europeos tendiente hacia la discriminación de los sujetos.

La visión del interés de Europa es la manifestación de ejercer y lograr demostrar que a través de los pueblos el dominio de esto por el derecho. Se ejercen propuestas para lograr establecer los intereses sobre las necesidades y contemplar esto en las normas; un segundo punto se ejercía hacia el comercio que se desarrollaba en los pueblos, la forma en cómo se desarrolló hacia la comercialización de los particulares para proponer la forma de comercialización de la autodeterminación y la tercera visión del interés es hacia un enfoque donde la sociedad sea un punto focal que genera micro corporaciones que ejerzan ese dominio hacia este para que generar aquí las actividades.

Lo anterior se concebía con la intención de que los pueblos que tuvieran esta característica pudieran someter a otros pueblos y así realizar la conquista de estos y lograr que estuvieran bajo su control, es lo que fue denominado Francia en Europa. Concibiendo una norma como el Decreto de la Paz en noviembre de 1918, surgido después de la primera guerra mundial, el autor señaló que se consideraron ciertos elementos como: contar con convenios abiertos, liberación de todo territorio francés, establecer el principio de la nacionalidad, la creación de asociaciones de las naciones, reajustar las reclamaciones emitidas por las colonias.

Dicho lo anterior, es para el expositor la forma en cómo se ha realizado una gran contribución hacia el populismo y la visión filosófica, considerando que los pueblos deben gozar de una independencia y una autodeterminación, pues se ha creado una tutela a través de un mandato por la transacción, el cual no se ejercía por aquellos grupos dominantes sino por aquellos grupos nacionales, fenómeno que se le ha llamado como derecho de autodeterminación.

El derecho autodeterminación busca generar un desarrollo en el aspecto económico, social y cultural, siendo este una forma de implementar el principio de la equidad y un comienzo para ejercer una libre determinación que se vislumbra a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se ha tomado debido a los Pactos Internacionales, fortaleciendo con esto la norma del *ius cogens* que constituye un Estado blindado para ejercer su dominio.

El panelista concluyó que toda idea nace de un principio y de una razón que esta la diferencia del derecho que es regular las necesidades que se va ejerciendo en su territorio para contemplar y tener un orden dentro del mismo.

Eduardo Javier Jourdan tituló su exposición: Crisis del multicul-

turalismo, el derecho del Niño aborigen frente a la salud. El autor trajo a colación la relación que se presenta entre el derecho a la salud y la situación que viven las comunidades indígenas, en especial los niños que se encuentran en ellas. Señaló que existe ciertas problemáticas debido a las diferencias culturales provenientes de los valores que son asignados y de las creencias establecidas, mismas que dan una forma de organización dentro de sus grupos ancestrales, y la incorporación de los derechos humanos con los que ahora cuentan en estas regiones.

El choque de culturas que se da entre los indígenas es que sus valores no reconocen necesariamente a los derechos humanos dentro de sus pueblos, los cuales son incorporados mediante tratados, estableciendo principalmente dos cuestiones fundamentales, es decir, el derecho a la igualdad entre todos los seres humanos y a la no discriminación, cuestiones que se deben incorporar para que las costumbres e instituciones indígenas aseguren la libertad y la dignidad humana.

Durante la exposición se mencionó el caso de un niño aborigen de nombre “Julián”, quien mediante una resolución judicial pudo acceder al derecho a la salud al ser atendido mediante medicina tradicional, la cual es la medicina que en estos pueblos es reconocida y ejercida por sus curanderos. Dentro de este caso se consideró el principio del interés superior del niño, dando un conflicto de los padres del niño para acceder a una intervención quirúrgica, de manera que se reconoció que lo que estaba en peligro era la vida de un niño indígena que se vio envuelto hacia la alternativa de poder ser atendido por la medicina tradicional o por medio de las creencias ancestrales de su comunidad.

Lo anterior según el expositor es un tema que atañe directamente a la universalidad de los derechos humanos, y representa un problema para su concepción debido a la diversidad étnica, obligando a que se tenga que analizar dicha problemática desde diferentes posturas como son el sujeto, las costumbres, ya sean sociales, religiosas y morales, planteando las siguientes cuestiones como conclusión:

- Es necesario identificar cuál es el valor reconocido constitucionalmente acerca de la costumbre y la cultura de los pueblos indígenas con respecto a la medicina.
- En la justificación del derecho existe un límite, por lo cual se determinó dentro de este caso el interés superior del niño y el valor de la vida a determinar que se debería llevar el tratamiento con la medicina tradicional, debido a que la vida es lo más sagrado y consideró que la decisión judicial se tornó a no desconocer la diversidad cul-

turas, pero sí en constituir que la medicina del hombre blanco posee mayor eficacia y tecnología para la seguridad del niño.

- Reconociendo que los pueblos indígenas tienen un espacio fundamental en el reconocimiento de sus derechos dentro de las leyes y las políticas públicas, otorgados por la adhesión a tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario establecer y respetar el principio de la igualdad y la no discriminación para reconocer con esto las identidades indígenas en razón de su historicidad y las visiones de las culturas civilizadas hacia ellos.
- Una sociedad integradora resulta de las obligaciones sociales para establecer una igualdad en los pobladores y por ello es necesario que no exista una marginalidad de los pueblos aborígenas.

El panelista Álvaro Camargo Solano habló acerca del tema de la oralidad y el legado de una justicia ancestral. Dentro de este trabajo se denotó la importancia de la reflexión de la oralidad como un medio de comunicación dando la magnitud a este con el paralelo de la aparición y permanencia del lenguaje escrito, en la actualidad ya se cuenta con mecanismo de defensa de manera oral. Considera que la oralidad es un resultado de la evolución del hombre y a través de esta las generaciones han plasmado sus vinculaciones de los pensamientos y tradiciones.

Señaló que la oralidad es la parte que permite la transmisión del conocimiento y por medio de las palabras se va estableciendo la comunicación, permitiendo acceder a una socialización, pues a través de la oralidad de los pueblos se puede vislumbrar su historia, su patrimonio cultural, sus costumbres, acontecimientos, rituales, debido a que se transmiten de generación en generación por la oralidad y que a través de esta se pueden incluir sus usos, expresiones, conocimientos, técnicas, generando con ello un espacio cultural.

El panelista estableció que las expresiones del pensamiento de las culturas arcaicas se destacaron por la oralidad, pues a través de ella es donde explican el porqué de su cultura y la razón de su existencia, ejemplo de ello pueden ser libros sagrados tales como Popol Vuh, el Chilam Balam, El Rabinal Achi, Memorial de Sololá, los cuales cuentan con las características de ser tradiciones orales que se manifestaron después a través de la escritura.

La oralidad se vio afectada con el proceso de la colonización debido a que se perdieron varias historias, narraciones y lenguas en donde simbolizaban su realidad. Las memorias sociales y patrimoniales son las que

ayudan relacionar el paso con el presente y establecer los significados y el sentido del patrimonio cultural de dichos grupos sociales, siendo pues que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en las tradiciones y expresiones orales de los grupos sociales.

El reconocimiento contemporáneo de la oralidad tradicional fue a través de la épica del género literario en donde se expresan los valores espirituales, constituyendo posteriormente a la escritura como un complemento de esta, pues a través de la escritura se pudo encerrar los pensamientos y recordar lo que se quería transmitir.

La oralidad nace en la observación y la práctica, como los refranes y proverbios que manifiestan las ideas de la cultura, así como a través de la palabra se señala su valoración de la cultura de los pueblos. El panelista señala que ley de origen, es decir la ley natural es una manera de establecer una mediación entre las enseñanzas de lo malo y cómo prever esto dentro de las normas, explicando que dentro de esta existen dos tipos de ofensas: aquellas que violan a las costumbres o las que violan las obligaciones.

El expositor también abordó el tema acerca del Tribunal de las Aguas de Valencia que determina la legitimidad constitucional en base a la costumbre y dentro de sus procesos se llevan a cabo por medio de la oralidad, concentración, rapidez, economía. Se determina que la oralidad es una condición que subyace dentro del juicio que se presenta desde la denuncia, sentencia, indagatoria, dando con esto una importancia a la oralidad, surgiendo una crisis a este tipo de tribunales debido que dentro de la Constitución Española de 1978 se determinó el principio de la unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, pero dentro de la ley del poder Judicial se contemplaba que los tribunales pudieran ser consuetudinarios y tradicionales, tratando de evitar este tipo de tribunales.

El panelista concluyó señalando que la oralidad dentro de los ordenamientos legales demuestra el reconocimiento de las culturas minoritarias y cómo se introducen dentro de las prácticas procesales, siendo la oralidad una herramienta esencial para ejercer la comunicación al ser un instrumento facilitador dentro de la tarea jurisdiccional para ejercer los derechos y garantías de los ciudadanos dentro del Estado de Derecho moderno.

Como última panelista se encontró Maristela Basso con el tema: Autodeterminación, interferencia en los asuntos internos y responsabilidad Internacionales. Dentro de esta exposición se mencionó una propuesta con los elementos de la actualización de las doctrinas, a través de la cual se debería establecer una Justicia Constitucional y ejercer una igual-

dad de Justicia de manera Global, por tal motivo se refiere que dentro de esta se debe hacer énfasis en el aspecto de las minorías y del ambiente para ejercer un Estado democrático y así poder constituir una Justicia que se opere de una manera universal.

Estableció que el concepto de Nación supera al de Estado moderno de lo que se denomina la Justicia Constitucional que es lo que se determina como un modelo del Estado moderno, por tal motivo se debe ejercer un paradigma constitucional. Concibe que la Justicia Constitucional no se debe ejercer mediante una interconexión mundial debido a que la justicia se debe ejercer de una manera abstracta, ya que es un garante del cumplimiento de las normas contempladas dentro de un territorio para la sociedad, teniendo así la posibilidad de que no se lleve considerando de una manera global dicha esfera de poder.

Planteando la Teoría de la Justicia de John Rawls, consideró que con sus principios de justicia y de imparcialidad, es posible lograr una equidad, otorgando las libertades necesarias para que los ciudadanos puedan ejercer las libertades básicas.

Visualizando una justicia distributiva se considera a la equidad necesaria para determinar la aplicación de la razonabilidad de las normas para la estructura de las sociedades. Con base en la determinación moral, se rechazó la idea de justicia asignativa desde la perspectiva de la racionalidad, pues se establecen las limitaciones de la elección para determinar los principios, por eso se basa en el principio de la equidad que se determina a través de la justicia como una forma de ejercer la imparcialidad y así obtener la equidad que se ve realizada mediante una justicia distributiva.

Como conclusión de esta mesa, se consideró que lo más importante en la actualidad consiste en garantizar el respeto a los derechos de los pueblos, respetando su soberanía y su autonomía para ejercer el actuar gubernamental, la impartición de justicia y las normas que la regulan.







DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)

