

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 13, n. 2, maio/ago. 2018. ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

Reequilíbrio Financeiro, Caso Imprevisto e *Fait du Prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos sujeitos contratantes com a administração pública
Pedro Fernández Sánchez

El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?
Esperanza Macarena Sierra Benítez

A Independência do Juiz e o Devido Processo Legal
Firly Nascimento Filho

Cuestiones de Interpretación y Jerarquía Normativa en Materia Administrativa en un Estado Federal: el caso argentino
Luis Eduardo Rey Vázquez

El Derecho Penal del Riesgo Globalizado: desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo
Mario Spangenberg Bolívar

Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio (Venezuela), frente a la Zona Económica Especial Fronteriza
Neida Coromoto Alborno; Arias; Sergio Gilberto Capito Mata; Rina Mazuera Arias

El Sistema Contractual Argentino Contemporáneo
Sebastián Justo Cosola

Faça o que tu Queres, pois é tudo da lei: as contribuições de Raul Seixas para o estudo do direito
Horácio Wanderlei Rodrigues; Amanda Muniz Oliveira; Leilane Serratine Grubba



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 13, número 2, maio/ago. 2018

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 13, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – maio/ago. 2018



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
QUALIDADE EM ENSINO SUPERIOR

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva

Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltindx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 13, n. 2 (2018) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2018 –
v. : 19 x 26 cm.

Quadrimestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Biblioteca das Faculdades Santo Agostinho

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

Reequilíbrio Financeiro, Caso Imprevisto e <i>Fait du Prince</i> : autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos sujeitos contratantes com a administração pública <i>Pedro Fernández Sánchez</i>	15
--	----

ARTIGOS

El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? <i>Esperanza Macarena Sierra Benítez</i>	41
A Independência do Juiz e o Devido Processo Legal <i>Firly Nascimento Filho</i>	67
Cuestiones de Interpretación y Jerarquía Normativa en Materia Administrativa en un Estado Federal: el caso argentino <i>Luis Eduardo Rey Vázquez</i>	115
El Derecho Penal del Riesgo Globalizado: desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo <i>Mario Spangenberg Bolívar</i>	151

Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio (Venezuela), frente a la Zona Económica Especial Fronteriza <i>Neida Coromoto Albornoz Arias; Sergio Gilberto Capito Mata; Rina Mazuera Arias</i>	173
El Sistema Contractual Argentino Contemporáneo <i>Sebastián Justo Cosola</i>	203
ECOS ACADÊMICOS	
Faça o que tu Queres, pois é tudo da lei: as contribuições de Raul Seixas para o estudo do direito <i>Horácio Wanderlei Rodrigues; Amanda Muniz Oliveira; Leilane Serratine Grubba</i>	235
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	259

EDITORIAL

A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** trilha um caminho irreversível da internacionalização. Desta vez, diversos países têm representantes nesta publicação. O volume 13, número 2, fechando o segundo quadrimestre de 2018, traz muitos artigos científicos de qualidade incontestável.

Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, obter permanente exogenia representa a prova incontestável de penetração em várias partes do mundo.

A página de **Abertura** traz um artigo de autoria do Professor Doutor (Portugal) Pedro Fernández Sánchez, que analisa a questão do contrato administrativo e a teoria do *factum principis*, ou, em bom Português, a Teoria da Imprevisão. O autor faz um estudo histórico para buscar, um século atrás, uma decisão de um Juiz de Direito da França que decidiu que o fato acontecido não foi por obra da parte contratada pela Administração e, assim, buscando o que se denominou equivalência honesta, repôs o contrato ao estado equiparado ao da época da contratação. Significa dizer que a Teoria da Imprevisão visa reparar os efeitos drásticos ocorridos, normalmente por atitude da Administração (não necessariamente, a que celebrou o contrato, como no caso de uma Prefeitura que se vê obrigada a reajustar o contrato em função da alta descontrolada do dólar, que é fora da sua alçada, mas também não o é da parte do contratado). O autor, com qualidade, demonstra que a manutenção da rigidez contratual traria um prejuízo à empresa contratada a ponto de ela não ter condições de dar continuidade ao serviço, o que acarretaria um prejuízo maior ao administrado como um todo: o povo ficaria sem a obra ou teria que esperar uma nova licitação, até contratar quem terminasse o serviço, além do fato de que a quebra da empresa contratada representa alguns prejuízos em termos de arrecadação de tributos, de pagamento de salários, etc. Também demonstra o autor: o reajuste contratual não é de todo o eventual prejuízo que o contratado tiver, e sim, uma forma de diminuir as dificuldades que o fato administrativo causou ao particular. O título do artigo indica o conteúdo: “Reequilíbrio Financeiro, Caso Imprevisto e *Fait du Prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos sujeitos contratantes com a administração pública”. Credor de todo destaque, em razão da profunda e capaz pesquisa.

A Seção **Artigos** tem a entrada pela ordem alfabética dos autores presentes. E, para iniciar a Seção, há um tema mais do que atual, que é o tratado pela Professora Doutora Esperanza Macarena Sierra Benítez. Ela, que é espanhola, dispôs-se a pesquisar muito e escrever sobre as novas modalidades de relações laborais, notadamente acerca da relação de dependência e subordinação que pode haver em relações de trabalho intermediado por aplicativos. É o caso típico do Uber. A Professora, no artigo científico denominado “El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, demonstra que, enquanto na Califórnia (Estados Unidos) o Tribunal do Trabalho entendeu, em recente decisão, que são profissionais autônomos, na Catalúnia (Espanha), a Corte Trabalhista reconheceu vínculo trabalhista entre os motoristas do serviço de transporte de passageiros que têm vínculo com a empresa detentora do aplicativo Uber. O Tribunal entendeu haver subordinação e salário, uma vez que a empresa recebe o dinheiro e repassa ao motorista a sua parte. E também porque a empresa fornece aplicativo e até controla a rota da prestação do serviço. Sobretudo, porque, em tempos atuais, é fácil haver o controle do trabalho prestado, mesmo à distância, em razão dos controles tecnológicos. Fato que coloca o prestador do serviço inicialmente autônomo como controlado, fiscalizado, ou seja, subordinado. Texto atual e completo.

Em um artigo de (tirar) fôlego, o Juiz da Justiça Federal e Doutor em Direito, Firly Nascimento Filho, propôs-se não somente a escrever sobre a independência do Juiz, como, também e principalmente, fazer um histórico do Poder Judiciário deste a época do Brasil-Colônia. E desenvolveu o seu trabalho buscando pesquisas nas Constituições brasileiras de todos os tempos e nas leis ordinárias que organizou todos os segmentos do Poder Judiciário. Por fim, chegou ao cerne da pesquisa, demonstrando as questões relacionadas à independência do Juiz de Direito e o devido processo legal tanto para sua ascensão quanto aos aspectos da segurança, inamovibilidade e outros atributos necessários para que os Juízes, com independência e sem interferência ou medo, possam tomar as decisões conforme suas consciências e conforme o que consta dos autos dos processos a eles submetidos. Trata-se de um artigo-livro, com todos os pormenores do segmento estudado. É um artigo de um autor brasileiro, para intermediar a doutrina constante na **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** cada vez mais universal.

A Argentina está muito próxima do Brasil, unidas por meio da presente Revista, que publica o imponente texto “Cuestiones de Interpretación y Jerarquía Normativa en Materia

Administrativa en un Estado Federal: el caso argentino”, de autoria de Luis Eduardo Rey Vázquez. O Autor é Professor Doutor da Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) e da Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. É também Ministro do Superior Tribunal de Justicia da Província de Corrientes. Além disso, ainda está cursando novo Doutorado. Pesquisador por natureza, o autor destaca os miúdos da questão da eficácia da lei no espaço, especialmente porque a Constituição argentina dá às Províncias (correspondente aos Estados-membros, no Brasil) autonomia legislativa. E mais: define que, em havendo conflito, a lei provincial tem soberania sobre a federal. Todos os conceitos de competência, eficácia, lei material, lei formal e outros, estão presentes no texto. E, na qualidade de Ministro, o autor teve acesso a amplo material para pesquisa, tomando os casos cujas discussões mais bem se encaixavam no assunto e buscando, ainda, transcrever as decisões do Superior Tribunal de Justicia argentino.

Um texto científico marcante é o de autoria do Professor Doutor (do Uruguai) Mario Spangenberg Bolívar. Sob o título “El Derecho Penal del Riesgo Globalizado: desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo”, o escrito caminha em direção à identificação do Direito Penal de Risco em confronto com o Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal clássico. Há demonstração da evolução do estudo do Direito Penal, de forma transnacional, quanto aos últimos tempos ou últimas décadas, demonstrando que todo segmento do Direito sofre mutação e que o verdadeiro estudioso deve se sentir obrigado a também evoluir ou, no mínimo, acompanhar o seu tempo. Os crimes internacionais, a possibilidade de um crime ser praticado praticamente à distância, ou a possibilidade de a prática de um crime ser sucedida por uma fuga para outras nações levam ao incômodo atual pelo qual passa o Direito Penal. Os pontos destas inovações quanto à efetividade do Direito Penal estão destacados neste artigo científico.

Há espécies de transnacionalidades que alteram até mesmo os conceitos iniciais. A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** (obviamente, Brasil), publica um artigo científico de um Professor Mexicano (Professor Mestre Doutorando Sergio Gilberto Capito Mata) em parcerias com duas Professoras colombianas (Professora Doutora Neida Coromoto Albarnoz Arias e Professora Doutora Rina Mazuera Arias) sobre uma zona de limites entre a Venezuela e Colômbia. Desta união transnacional, nasce o texto cujo nome é “Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio (Venezuela), frente a la Zona Económica Especial Fronteriza”. Trata-se de um projeto de pesquisa interinstitucional entre

Professores de Colômbia. Descrevem uma pesquisa em tema que pode, inicialmente, ser classificado como Desenvolvimento Social ou Ciências Sociais. Mas, ganha contornos de legalização de empresas, abarcando o Direito Empresarial, o Direito Internacional e o Direito Tributário (logo, Ciências Sociais Aplicadas). Mostra as dificuldades de se criar uma empresa que geraria empregos e fomentaria o desenvolvimento e demonstram a solução encontrada, ao ser criada uma Zona Fronteira na qual as empresas instaladas recebem incentivos que podem chegar à isenção total de tributos sobre renda por um período de alguns bons anos. O artigo serve como base de pesquisa para que os Estados (países) se voltem ao estudo sobre as Faixas de Fronteiras, o interior e as zonas de limitação com países vizinhos, especialmente para evitar que as empresas que seriam criadas em uma localidade ou já sejam inicialmente criadas em países vizinhos ou para lá se transfiram, em busca de condições de sobrevivência ou de ganhos com os incentivos fiscais.

Encerrando a seção dos Artigos, há um texto da pena do Doutor em Direito Sebastián Justo Cosola. Conhecedor do Direito por ter estudado e se especializado em Documentação e contratação notarial, o jurista escreveu o artigo “El Sistema Contractual Argentino Contemporáneo”, no qual analisa todo o sistema de contratos segundo definições do Código Civil e Comercial da Argentina. Demonstra que o Código contém instituições clássicas e modernas, além de se mostrar avançado em vários conceitos. O autor argentino faz um estudo comparado com Códigos de diversos países, como Alemanha, Bolívia, Cuba, Paraguai e Peru, além de percorrer pesquisas em muitos e muitos livros de autores argentinos. A pesquisa demonstra máximo fôlego, com comparação de doutrina de diversos autores (com indicação de obra e página) acerca do mesmo assunto em comentário.

A última Seção da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é denominada **Ecos Acadêmicos**. Tem por objetivo divulgar narrativas relacionadas ao estudo superior de graduação e pós-graduação, apresentar resenhas de livros e outros segmentos do Direito. A Seção **Ecos Acadêmicos** traz novidades superando novidades.

O texto da Seção contém uma contribuição de um trio de qualificados autores. A Mestre em Direito e Doutoranda Amanda Muniz Oliveira é graduada na Faculdade de Direito Santo Agostinho. Dando continuidade aos estudos acerca do liame do Direito com outras artes, desta vez ela se associa ao Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues e à Professora Doutora Leilane Serratine Grubba, para a produção do texto denominado

“Faça o que tu Queres, pois é tudo da lei: as contribuições de Raul Seixas para o estudo do direito”. E traçam iniciais estudos quanto à Música Popular Brasileira, passam pela análise do poder de criar melodia de Raul Seixas e chegam às letras de Paulo Coelho. E ligam todo o contexto à situação política brasileira em que Raul Seixas fez sucesso popular, demonstrando as formas de contestação que se utilizavam na época da Ditadura Militar no Brasil pós-1964. Colocam em pauta a análise da busca do direito à liberdade política, do direito à expressão e, ainda, informam acerca da alternativa procura por um decálogo que se aproxima de uma lei ou de uma declaração de direitos, próprios para um grupo de fãs ou seguidores.

Com esse grupo de nível elevado, e composto por pessoas plantadas nas mais diversas partes do planeta Terra, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** mostra, em único local, um mundo que, cada vez mais, cabe dentro de poucas folhas: as folhas desta Revista.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Reequilíbrio Financeiro, Caso Imprevisto e *Fait du Prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos sujeitos contratantes com a administração pública

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹

Resumo: A ordem jurídica contempla mecanismos distintos – e não confundíveis entre si – de proteção da posição do sujeito que contrata com a Administração Pública e que haja visto afetadas as representações iniciais sobre as quais decidiu contratar e elaborar a sua proposta. Esses diferentes mecanismos, inicialmente concebidos pela jurisprudência francesa e acolhidos pela generalidade dos sistemas ocidentais, têm, nos últimos cem anos, criado graves dificuldades aos operadores jurídicos que pretendem determinar quais os termos em que o contraente privado deverá ser compensado quando a sua posição contratual é afetada. No presente estudo procede-se à distinção entre os três principais mecanismos de tutela do contraente privado e à delimitação dos casos em que cada um dos mecanismos é aplicável.

Palavras-chave: Contrato Administrativo; Modificação Contratual; Reequilíbrio Financeiro; Alteração de Circunstâncias; *Fait du Prince*.

¹ Doctor of Philosophy (Ph.D) Law. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Doctorate, Constitutional Law, Summa cum Laude, by unanimity. Thesis: “The Separation of Legislative and Judicial Power in the Portuguese Constitution”). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro da Direção do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa. Advogado da Sêrvulo & Associados. Diretor da Revista de Direito Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

1

A ordem jurídica contempla mecanismos distintos – e não confundíveis entre si – de proteção da posição do sujeito que contrata com a Administração Pública e que haja visto afetadas as representações iniciais sobre as quais decidiu contratar e elaborar a sua proposta. Esse constitui, precisamente, um dos principais fatores justificativos das tradicionais dificuldades da comunidade jurídica quanto à determinação dos termos concretos de proteção dos sujeitos que contratam com a Administração Pública: trata-se de uma histórica incapacidade para discernir que tais distintos mecanismos de proteção variam em razão do *tipo de evento* que deu origem ao desequilíbrio contratual, do seu *causador*, do *impacto direto ou indireto* que provocou sobre o cumprimento das prestações contratuais e do seu *alcance geral ou especial*; e que – como precisa consequência dessas variações – cada mecanismo impõe um *distinto regime de compensação* do contraente privado, suscetível de beneficiar a posição deste por meio de uma atribuição patrimonial mais generosa ou, ao revés, suscetível de suavizar a obrigação compensatória a cargo do contraente público.

É possível que boa parte da causa para essa indefinição doutrinária e jurisprudencial resulte da gênese muito peculiar das soluções encontradas para proteção dos contraentes privados, surgida – como é consabido – num contexto pretoriano e desprovida de consolidação imediata em textos legais que permitissem a estabilização dos seus traços jurídicos. O tipo de trabalho (inovador e casuístico) do *Conseil d'État* e o desenvolvimento doutrinário que a partir dele se fez além-Pirenéus (ATHAYDE 1973, p. 93-94) explica que as dificuldades acerca do modo de tratamento da posição dos contraentes privados

sejam relativamente comuns entre França e Portugal, mantendo-se entre nós ainda depois de a legislação portuguesa ter pretendido sedimentar algumas dessas soluções pretorianas.

Mas é claro que tais dificuldades não podem servir como pretexto para dispensar a tarefa de enquadrar rigorosamente cada evento violentador das expectativas dos parceiros da Administração num – e apenas num – dos mecanismos que a ordem jurídica *compartimentou* para dar resposta às suas necessidades de tutela: a simples circunstância de os regimes jurídicos emergentes desses diferentes mecanismos imporem consequências distintas, tutelando o cocontratante privado com matizes também diversos, constitui motivo bastante para ser intolerável um equívoco quanto ao enquadramento jurídico a atribuir a um evento que afeta as representações iniciais de uma parte contratante.

2 PRIMEIRO PARADIGMA DE TUTELA DO CONTRAENTE PRIVADO: REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO

2

Um dos principais mecanismos encontrados pelo ordenamento jurídico-administrativo para tutelar a posição do contraente privado perante desequilíbrios contratuais supervenientes resulta do reconhecimento daquele que possivelmente representa o poder mais distintivo (mais notável) (LAUBADÈRE; MODERNE; DELVOLVÉ, 1984a, p. 411; WEIL, 1977, p. 68) de um contrato administrativo – ou o mais típico dos chamados “poderes exorbitantes” –: o *poder de modificação unilateral* pela Administração. Se o contrato institui um *pacto de colaboração* do particular com o contraente público para realizar uma ou mais prestações adequadas à satisfação de um interesse público (CAETANO, 2007, p. 620), a circunstância de o primeiro contraente ser exclusivamente motivado por um interesse lucrativo (GONÇALVES, 1999, p. 172) não prejudica que – devido à específica “índole da atividade administrativa” (CAETANO, 2007, p. 620), – a colaboração tenha de ficar marcada pela sua “subordinação ou sujeição” aos “imperativos” ditados pela Administração (CORREIA, 1987, p. 734; OTERO, 1996, p. 925). Ainda que, devido à natureza dos dois contraentes, tal pacto de colaboração exprima um modelo de “compatibilização concreta” (GONÇALVES, 1999, p. 173; GONÇALVES, 2015, p. 381-382, 390, 392 e 394) entre o interesse privado (lucrativo) e o interesse público que os domina, a obrigação de o contraente público se “adaptar às exigências de interesse público que deve servir” (CAETANO, 2007, p. 620) implica o reconhecimento de uma “*cláusula de sujeição*” que se traduz em que “o contraente particular se compromete a acatar [os atos] que

durante a execução do contrato exprimam as exigências do interesse público servido, quanto ao objeto nele estipulado” (OLIVEIRA, 1980, p. 662)².

Ora, se essa cláusula de sujeição torna *conatural* (CORREIA, 1970, p. 84; OTERO, 1996, p. 925 e 928)³ ao contrato administrativo o poder de modificar de modo unilateral as prestações previamente acordadas com o privado, a resposta (ou o “contrapeso”) (OLIVEIRA, 1980, p. 705; AMARAL, 2013, p. 632-635; AMARAL, 2010, p. 825-826) provida pela ordem jurídica, *para o específico universo de caso sem que ocorra uma tal modificação unilateral*, consiste, é claro, na formação de um correspondente dever de *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*.

Reconhece-se que – como também sucede no Direito Privado – cada contrato consiste num “módulo de regulação que contém imanente um projeto próprio de justiça”; sem prejuízo de certas “coordenadas axiológicas” que já derivam genericamente do sistema, são as partes que “fixam, no momento da celebração, o projeto de justiça contratual” de onde emerge “a equação económica do contrato” (VASCONCELOS, 2005, p. 749)⁴. Se a comutação de interesses acordada é colocada em crise pela criação de encargos superiores aos que o particular se dispôs a assumir, a própria justiça interna do contrato reclama a adoção de providências para a restauração da equação inicial; no fundo, assegura-se que a presença de uma “*lógica administrativa*” que requer o reconhecimento de poderes exorbitantes a um dos contraentes seja contrabalançada pela “*lógica do contrato*”: se “a intervenção autoritária da entidade pública” desequilibra a justiça contratual, “a ‘lógica do contrato’ logo reaparece, já que a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado” (GONÇALVES, 2003, p. 122). Em rigor, sem essa recuperação da equação inicial, nem seria sequer possível “continuar a falar de contrato” (CORREIA; CADILHA, 2009, p. 88).

3

Compreende-se o relevo que este dever de *reposição* da equação económica do contrato implica na hora de determinar os termos e o *quantum* da compensação a atribuir ao contraente privado: se o ordenamento exige que o equilíbrio inicial seja verdadeiramente *restaurado*, tal dever não está cumprido com uma mera compensação de certos prejuí-

² Sobre o efeito de *debilitação* da eficácia do princípio da estabilidade contratual por decorrência do princípio da prossecução do interesse público na execução dos contratos administrativos, cfr. Otero (1996, p. 927-928).

³ Sobre a invalidade de uma cláusula que exclua esse poder de um contrato administrativo, ver Martins, A. (2010, p. 64).

⁴ Para desenvolvimento, ver Vasconcelos (1995, p. 417 e segs).

zos do privado que concretize uma *partilha* dos danos infligidos na sua esfera jurídica. Como já há muito prevenia Melo Machado, em tal caso, “rigorosamente, a Administração não indemniza: restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter” (MACHADO, 1937, p. 270). Noutros termos: não cabe aí a simples indemnização destinada a salvar da hipotética ruína o contraente privado afetado por circunstâncias extremas e a *amenizar* as consequências dos eventos supervenientes; antes, *restaura-se rigorosamente* um equilíbrio que a Administração inicialmente aceitou respeitar e cuja subsistência foi colocada em risco pela sua intervenção unilateral e autoritária⁵. Para que surja na esfera da Administração o dever de aceitar a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, não há que demonstrar o perigo de ruína do seu parceiro nem, sequer, que alegar que ele foi sujeito a um sacrifício excessivo; basta confirmar que a modificação ficou além do aceitável à luz da justiça interna do contrato. Logo, diz-se que a compensação não tem natureza indemnizatória porque se não *mitigam* os desvios sofridos pela equação inicial; simplesmente se impõe a transferência patrimonial que *recomponha integralmente* a posição do particular, recuperando a “proporção entre sacrifícios e benefícios” que as partes acordaram (OLIVEIRA, 1980, p. 662; GONÇALVES, 2015, p. 529).

É esse entendimento que decorre, aliás, da conhecida génese do princípio do equilíbrio financeiro sustentado originalmente pelo Comissário Léon Blum, perante o *Conseil d'État*, em 1910, no caso *Compagnie Française des Tramways*: se o contraente público pode impor, em nome do interesse público, um modo de realização das prestações que se mostra mais exigente do que o inicialmente acordado, então o particular terá o direito, emergente de um princípio de “equivalência honesta”, ao restabelecimento da “equação financeira do contrato” (LAUBADÈRE; MODERNE; DELVOLVÉ, 1984a, p. 717; ATHAYDE, 1973, p. 93). Neste sentido, a reposição do equilíbrio financeiro apresenta a exigência suficiente para se não bastar com menos do que a atribuição ao particular de satisfações económicas de intensidade idêntica à inicial (MACHADO, 1937, p. 82). Se a intervenção desequilibradora da Administração impede o privado de executar as prestações nos mesmos termos que ficaram acordados e lhe diminui as receitas ou lhe incrementa os custos, a reposição do equilíbrio, no rigoroso respeito da sua “lógica comutativa” (AMARAL; TORGAL, 2002, p. 324), visará assegurar *o exato lucro* que o particular deveria receber *se a modificação não tivesse ocorrido* (ATHAYDE, 1973, p. 95; ARIÑO ORTIZ, 1968; GONÇALVES, 2003, p. 122-123).⁶ Numa palavra, o Direito não

⁵ Sobre a preservação desta equação inicial, ver Vidal (2005, p. 118 e segs.).

⁶ Em sentido paralelo, imputando a uma “regra de justiça” a obrigação que “faz imputar à Administração Pública todos os custos adicionais decorrentes do exercício do seu poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações dos contraentes privados”, Paulo Otero, *Estabilidade Contratual...*, cit., p. 938.

aceita menos do que um cenário em que o particular saia “economicamente ileso” da “aventura” provocada pelo exercício do poder de modificação unilateral do contrato (PARADA, 1999, p. 346)⁷.

3 SEGUNDO PARADIGMA DE TUTELA DO CONTRAENTE PRIVADO: A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E A SUA ADMINISTRATIVIZAÇÃO PELA TEORIA DA IMPREVISÃO

4

Um segundo paradigma de tutela do particular, com um regime e com consequências bem distintos do primeiro, decorre da bem-conhecida relação estabelecida entre a regra *pacta sunt servanda* e a *clausula rebus sic stantibus*, ambas como expressões concretas de um mesmo princípio estruturante do sistema jurídico: o *princípio da boa-fé*, na sua concretização à conformação das relações contratuais. É evidente que esse princípio não se encontra ausente da fundamentação que explica a construção do instituto (autônomo) da reposição do equilíbrio financeiro dos contratos que se acaba de abordar; mas é no contexto do instituto da alteração das circunstâncias que ele ganha um peso distinto.

Visto que este se trata de um pressuposto hoje inobjetable, bastaria recordar, para o efeito do presente estudo, que o ordenamento jurídico não permite que subsistam no seu seio *ghettos de exceção* que se mostrem impermeáveis à conformação das relações contratuais de acordo com a ideia de boa-fé (ASCENSÃO, 2002, p. 177). A circunstância de, no âmbito jurídico-administrativo, a decisão de contratar ter sido especificamente justificada em razão da prossecução de um interesse público não perturba esse enquadramento (OLIVEIRA, 1980, p. 712; SOUSA, 1994, p. 54; CORDEIRO, 2007, p. 94; FREITAS, 2014, p. 365). Ora, se da conformação pela *bona fides* emerge a regra *pacta sunt servanda* – determinando a obrigação de cumprimento pontual dos contratos –, a sua operatividade depende, porém, da *manutenção do essencial das representações* em que as partes fundaram a decisão de contratar. O próprio contrato consiste num conjunto de representações de facto e de direito em que – de modo justificável e não infundado – cada parte se baseou para escolher as condições contratuais a cujo cumprimento se vinculou. Se esse conjunto de representações falece em razão de uma

⁷ Esta é a curiosa formulação sugerida pelo administrativista espanhol: “é como se todas as regras da contratação administrativa, tal como os dez mandamentos, se resumissem em duas, que neste caso são, de um lado, a de que a Administração faz e desfaz, compõe, modela e arranja as prestações devidas pelo cocontratante conforme o seu próprio critério, inclusivamente podendo resolver o contrato; e, de outro lado, que o cocontratante tem o direito a sair ileso desta aventura contratual”.

superveniência objetiva ou subjetiva que excede os riscos razoavelmente associados ao negócio, a regra *pacta sunt servanda* pode e deve ser afastada⁸.

É esse o alcance da *clausula rebus sic stantibus* inicialmente formulada por Bártolo (CORDEIRO, 2001, p. 941 e segs.): a manutenção da vinculação a uma obrigação contratual depende da subsistência das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. O mesmo princípio da boa-fé que sacraliza a palavra dada numa relação contratual convola-se numa permissão para a *desvinculação* do compromisso negocial, agora por efeito do subprincípio da tutela da confiança legítima, quando se demonstre ter sido gorada a expectativa que uma parte haja formado com base em elementos razoáveis e suscetíveis de obterem a adesão de uma pessoa comum (CORREIA; TORGAL; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 166-167)⁹.

A circunstância de as próprias legislações nacionais terem acolhido até hoje, durante décadas e de forma ininterrupta, providências diversas destinadas a proteger este *investimento de confiança* nos contratos jurídico-administrativos – remontando, em Portugal, a 1915¹⁰ e obtendo coerente reflexo, atualmente, nos artigos 312.º, alínea *a*), e 314.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos – permite discernir a veracidade da conclusão que já podia ser razoavelmente extraída ao tempo de Marcello Caetano: a de que a proteção da confiança dos contraentes perante o eventual desmoronamento das suas expectativas de facto e de direito representa já um *princípio geral de direito administrativo*¹¹ que, aliás, continuaria agora a ser operativo ainda que deixasse de ser apoiado por uma base legal expressa (CORREIA; TORGAL; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 168).

Por outras palavras, cada parte aceita entrar numa relação contratual à luz de um conjunto de representações de facto e de direito que a convencem que aquele contrato, com aquele tipo, aquele objeto, aquela configuração de prestações e aquela equação económica

⁸ Sobre a configuração destas representações pelas partes, de modo explícito ou implícito, no momento da decisão de contratar, ver Telles (2010, p. 343-344).

⁹ É exatamente esse o “sentido preciso” que o conceito de boa fé assume nos casos em que a regra *pacta sunt servanda* é afastada: a “perturbação da justiça contratual” é tão grave que a manutenção da obrigação se transforma em “injustiça”; e a desvinculação dessa obrigação ocorre para a ordem jurídica quando se verifica que “nenhuma pessoa de bem, de boa fé, persistiria na exigência do cumprimento”, “rigidamente e sem atender à alteração ocorrida”. Nestes termos, ver Vasconcelos (2005, p. 750).

¹⁰ Mas com um curioso antecedente no âmbito militar, em 1905. Para esta recensão, cfr. Marcello Caetano (2007, p. 631-633). Depois, v. também Oliveira (1980, p. 716).

¹¹ Notando já esta circunstância, Caetano (2007, p. 634). Subscrevendo igualmente este entendimento, v. Correia (1970, p. 33 e segs.); Oliveira (1980, p. 716); Otero (1996, p. 939; Fernandes (2001, p. 235); Martins, L. (2010, p. 351). No plano juscivilístico, observando o cuidado revelado pelo Direito Português na tutela das expectativas pré-contratuais em termos desconhecidos noutros ordenamentos de referência, que obrigam as respetivas doutrinas a laborar na ausência de lei, cfr. Ascensão (2002, p. 185-186).

que hajam sido acordados são satisfatórios para os seus interesses próprios. Se o ordenamento considera que a confiança depositada por cada parte naquelas representações é fundada, razoável e não arbitrária, também determina que a ocorrência de uma eventual alteração dos pressupostos de facto ou de direito que ofenda drasticamente aquelas representações torna inexigível o cumprimento das obrigações contratuais.

5

Porém, sublinhe-se, se, as legislações nacionais de Direito Administrativo vieram a acolher mecanismos de tutela dos contraentes perante a ocorrência de alterações de circunstâncias, tal não se justificou por um simples intuito de repetir sem inovações para o ordenamento jurídico-administrativo uma solução que já decorresse geralmente do Direito Civil. Pelo contrário, dando seguimento a uma longa tradição, importada também de França, que já conta com um século, a intenção legislativa consistiu em *ajustar e reformular* para o plano juspublicista os traços de um instituto da alteração de circunstâncias que, se transposto de modo acrítico desde o plano juscivilista, produziria resultados dramáticos para a prossecução do interesse público (CORREIA; TORGAL; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 169-170).

Com efeito, o ordenamento jurídico-privado não considera especialmente problemático que a parte afetada por uma alteração das circunstâncias, em nome da boa-fé e do investimento de confiança que realizou, requeira a *pura desvinculação* da obrigação jurídica a que se comprometeu. Por isso o Direito Civil aceita a alteração das circunstâncias como fundamento para a resolução do contrato, sem prejuízo de admitir que a contraparte opte por requerer a simples modificação contratual se tal for ainda possível de acordo com a equidade¹².

É evidente que esta solução não é concebível na generalidade dos contratos administrativos de duração continuada – a começar com as concessões –: se o contraente privado assumiu a responsabilidade de satisfazer uma necessidade relevante para a coletividade, a simples hipótese de permitir a sua desvinculação pode revelar-se catastrófica para o interesse público – e isto independentemente de quão convincentes sejam as circunstâncias supervenientes por si invocadas. O relevo que o sistema jurídico possa conceder aos

¹² Em Portugal, cfr. artigo 437.º do Código Civil. Como sublinhou Telles (2010, p. 346, nota 316), é exatamente esse o “espírito da lei” no Direito Civil: “o lesado não quer de todo o contrato e por isso o resolve; seria violento impor-lhe, embora com modificações, o contrato que ele em absoluto rejeitou”. No mesmo sentido, Ascensão (2002, p. 204): se se trabalhar exclusivamente sob a lógica do Direito Privado, “não pode ser imposto a ninguém um contrato alterado, quando esteja substancialmente fora daquilo que aceitou”.

receios de ruína do particular nunca fará esquecer que as tarefas de alcance geral que lhe foram confiadas não podem – pelo menos de imediato e sem conceder tempo à Administração para encontrar um substituto capaz de realizar as mesmas prestações sem perda de eficiência – ser por ele simplesmente descontinuadas¹³. A especificidade do contrato administrativo é que prejudica a mera aplicação da solução civilística de desvinculação contratual (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, p. 643-644; FREITAS, 2007, p. 242, n. 592; ALMEIDA, 2010, p. 829; (CORREIA; TORGAL; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 169)¹⁴.

Porém, se, de um lado, aquela *desvinculação* não pode em princípio ser admitida, tampouco pode, de outro lado, a *manutenção rígida* das condições contratuais ser autorizada: se fosse exigida ao privado a execução do contrato em condições ruinosas, o simples facto de a sua sustentabilidade ficar em crise acabaria incapacitando o privado de prosseguir no exercício das tarefas de interesse público de que foi incumbido – pelo que, de uma forma ou de outra, a satisfação das necessidades da coletividade seria interrompida ou, no mínimo, prejudicada (RIVERO, 1978, p. 148 e segs.).

Isso mesmo foi reconhecido na primeira ocasião em que o Conselho de Estado precisou de se pronunciar sobre esta matéria: como se sabe, na pendência da Primeira Guerra Mundial, as dificuldades causadas pela falta de matérias-primas, pela falta de mão-de-obra e pela quebra do valor da moeda, colocaram em crise o funcionamento do mercado, impossibilitando a manutenção das condições acordadas para a execução de contratos de duração prolongada. Por isso, desde a célebre decisão que solucionou o conflito entre o município de Bordéus e a companhia concessionária do fornecimento de gás¹⁵,

¹³ Como já escrevia Caetano (2007, p. 626) ao se expressar sobre a hipótese inoportável de permitir a desvinculação do privado, semelhante perspectiva, envolvendo “a interrupção das prestações e um consequente abalo do serviço”, obrigaria “a Administração a improvisar meios de [o] manter, ou a procurar (e Deus sabe por que preço) novos contraentes”.

¹⁴ Sublinhe-se que, em Portugal, em 2008, com a atualização do regime português da imprevisão nos contratos administrativos operada pelo Código dos Contratos Públicos, os seus 332.º, n.º 1, alínea a), e 335.º passaram a contemplar com maior densidade os fundamentos de *resolução do contrato* por “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”; contudo, o *quid specificum* do regime de Direito Administrativo surge de modo inconfundível na alínea a) do n.º 1 do artigo 332.º, ao determinar, de modo manifestamente restritivo, quais as condições em que o particular pode *invocar de modo unilateral um direito de resolução do contrato* – em termos semelhantes ao que ocorreria à luz do artigo 437.º do Código Civil –: no plano do Direito Administrativo, isso *só pode ocorrer* quando a resolução “não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do particular ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença”.

¹⁵ Aresto de 24 de março de 1916 (*Cie. du gaz de Bordeaux*).

em razão do aumento incontrolável do preço do carvão, o juiz francês admitiu a necessidade de reconfigurar as soluções emergentes do Direito Privado.

Justifica-se recordar este precedente e o sentido cauteloso ou restritivo que subjaz à solução adotada. Nesse caso, entendendo-se que a acentuada subida do preço do carvão arruinaria o concessionário se mantivesse as tarifas previstas nos contratos, sucedia, contudo, que, no âmbito do Direito Privado francês (e ao contrário do que então já sucedia nos ordenamentos italiano ou, sobretudo, alemão), essa alteração das circunstâncias não relevava para efeitos de modificação contratual. Porém, no âmbito do Direito Administrativo, a ruína do privado mostrava-se igualmente danosa para o interesse público, visto que a continuidade das prestações de serviço público ficaria ameaçada. Por isso se determinou que a Administração auxiliasse asua contraparte, indemnizando-a pelos prejuízos que esta sofria com a manutenção da relação contratual (RIVERO, 1978, p. 150; GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, p. 732; MORAND-DEVILLER, 2001, p. 409-410).

Portanto, a especificidade do contrato administrativo impõe, como única fórmula razoavelmente eficaz para a ponderação harmónica entre os interesses públicos e privados em presença, *i*) a vinculação do contraente privado à *preservação da relação contratual*, *ii*) mas forçando a Administração à *partilha dos prejuízos* que aquele sofreu: se é a Administração a principal interessada na subsistência de um contrato do qual o privado se pretende desvincular, a ela cabe ir em seu socorro, *incorporando no erário público* parte dos seus danos e indemnizando-o por “*imprevisão*” das circunstâncias que conduziram à alteração das representações iniciais das partes (CAETANO, 2007, p. 625).

A *Teoria da Imprevisão* assume, pois, no Direito dos Contratos Administrativos, a função de adaptar às necessidades de interesse público as exigências gerais do instituto da alteração de circunstâncias, cuja aplicação acrítica seria danosa para a coletividade: ela será chamada a atuar quando se verifique um facto estranho à vontade dos contraentes que modifica as circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar e que torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que se poderia prever no âmbito do risco contratual normal (CAETANO, 2007, p. 625; OLIVEIRA, 1980, p. 712; AMARAL, 2013; ALMEIDA, 2010, p. 830-831).

O cumprimento das obrigações contratuais não deixa então de ser *possível*: se assim não fosse, poderia invocar-se um *caso de força maior* que destruísse a obrigação (RIVERO, 1978, p. 150; CAETANO, 2007, p. 623; FREITAS, 2007, p. 243; GOMES, 2008, p.

534)¹⁶ – ou, no mínimo, se esta se mantivesse, impor-se-ia então um *retorno à fórmula da reposição do equilíbrio financeiro* do contrato, pelo simples facto de ter então a Administração exigido a continuação da execução do contrato num cenário absolutamente excecional (*act of God*)¹⁷. Porém, tal cumprimento mostra ser economicamente desastroso, pondo em perigo a continuidade do serviço público. Portanto, a solução proposta há quase cem anos pelo juiz francês permite, por um lado, assegurar que o contraente privado se não desvinculará da relação contratual, mas sem deixar de determinar, por outro lado, que a Administração o auxiliará na *partilha dos prejuízos* que, à partida, só a ele caberia suportar.

6

Daqui emerge a anunciada diversidade de consequências para a tutela do sujeito que contrata com a Administração Pública: num claro contraste com o (primeiro) paradigma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, as especificidades inerentes a este (segundo) paradigma de compensação do privado perante um caso imprevisto determinam a aplicação de um *regime distinto* de transferência patrimonial em benefício do lesado e de apuramento do respetivo *montante* (LAUBADÈRE; MODERNE; DELVOLLÉ, 1984a, p. 660 e segs.). Não se trata agora da recuperação rigorosa e integral da equação económico-financeira inicial do contrato (também neste sentido, OLIVEIRA, 1980, p. 712; AMARAL, 2013, p. 643; ALMEIDA, 2010, p. 831; MARTINS, A., 2010, p. 83; GONÇALVES, 2015, p. 529); a atribuição patrimonial ao particular não visa colocá-lo na precisa situação em que se encontrava antes (RICHER, 2006, p. 271)¹⁸. E tal sucede porque, neste caso, a Administração não impôs – fosse de modo intencional ou até de modo não intencional – uma alteração das prestações previstas no contrato, um incremento do grau de exigência na forma da sua execução ou um agravamento da sua quantidade que causasse uma diminuição de receitas ou um aumento de custos. Não lhe cabe então a responsabilidade pela perda do equilíbrio contratual. Em vez disso, a Administração só é chamada a atuar porque o seu parceiro foi surpreendido por uma alteração imprevista das representações em que fundou a sua decisão de contratar; e, desde que se

¹⁶ Para consideração da aproximação das exigências formuladas pelas doutrinas administrativista e civilista, v. Melo (2012, p. 30-32, em especial nota 28).

¹⁷ Muitos contratos de concessão relativos à projeção, construção e manutenção de grandes infraestruturas prevêem a hipótese de resolução contratual nos casos em que a impossibilidade de cumprimento do contrato se torne definitiva ou em que a reposição *se revele excessivamente onerosa* para o contraente público – o que justamente constitui um bom exemplo de casos em que se prevê a possibilidade alternativa de i) resolução do contrato ou de ii) reposição do equilíbrio financeiro em resultado da ocorrência de um caso de força maior.

¹⁸ Na simples fórmula de Rivero (1978, p. 151-152): a compensação a pagar “nunca é igual à totalidade das perdas sofridas”; caberá ao “juiz determina[r] a parte que cada um dos contraentes deve suportar”.

demonstre que tais representações foram legítimas e não abusivas, os princípios de justiça e boa-fé próprios do contrato reclamam a desvinculação da parte lesada (CAETANO, 2007, p. 628). Ora, visto que a Administração alega exigências de interesse público para não permitir essa desvinculação, a sua responsabilidade indenizatória é convocada na estrita medida em que se requer a continuidade da prestação do serviço público, evitando a ruína que possivelmente se precipitaria se o privado continuasse a ser chamado a executar o contrato em termos imutáveis (RIVERO, 1978, p. 150; OLIVEIRA, 1980, p. 712)¹⁹.

Portanto, no contexto da Teoria da Imprevisão, a Administração *auxiliará* a sua contraparte; mas não *suportará em exclusivo* os efeitos da imprevisão. Será chamada somente quando se verifique que a imprevisão produziu efeitos tão drásticos que coloca o particular em dificuldades económicas sérias para concluir a empresa a que se comprometeu, sendo chocante para a justiça do contrato a manutenção da sua rigidez; e o auxílio que a Administração prestará reduzir-se-á ao estritamente necessário para – “*segundo juízos de equidade*”²⁰ – *amenizar* essas dificuldades e *tornar comportável a continuidade da prestação* em benefício do interesse público (RICHER, 2006, p. 268 e segs.).

Tal solução, de resto, encontra a sua legitimação no *princípio de igualdade (material e não formal) perante os encargos públicos*: a ideia de convocar o contraente público para suportar certos sobrecustos na execução de um contrato equivale, naturalmente, a proceder à sua incorporação no erário público – responsabilizando, no fundo, a toda a coletividade pelo seu pagamento. Ora, se é justificável que todos os cidadãos que beneficiam de uma obra ou serviço público suportem pelo menos parte dos encargos inerentes à sua execução – ainda quando estes tenham excedido os riscos normais do negócio que as partes consideraram –, não se pode deixar de reconhecer que o contraente privado, por força da responsabilidade que assumiu no contrato, acabou obtendo uma posição qualificada perante tal obra ou serviço, desenvolvendo perante ela uma relação mais estreita que os demais cidadãos. A sua entrada no negócio jurídico terá sido justificada

¹⁹ Para uma interessante perspectiva adaptada à atual situação de crise económico-financeira, referindo-se ao auxílio administrativo à sustentabilidade do cocontratante ameaçado pela crise, v. Gonçalves (2010, p. 28 e segs.).

²⁰ Não obstante a referida *administrativização* do instituto da alteração das circunstâncias pela Teoria da Imprevisão, este é o ponto em que os cânones civilísticos e publicistas convergem: na definição do *critério* usado na fixação da compensação por alteração das circunstâncias, associado a uma *partilha equitativa de prejuízos* e não a uma verdadeira restauração do equilíbrio inicial do contrato. Compare-se, para esta convergência, o n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil e o n.º 2 do artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos.

porque aquele agente económico supôs que essa relação estreita lhe propiciaria vantagens económicas suficientemente significativas para mobilizar meios humanos, materiais e pecuniários na execução das prestações acordadas; mas, correspondentemente, com isso fundamentou que lhe seja imputada também a responsabilidade de suportar uma parte mais significativa dos encargos que decorram dessa execução. O vetor geral da boa-fé não admitirá que o contraente privado assuma a totalidade desses encargos quando estes decorram de casos imprevistos – o que explica a convocação do parceiro público em seu auxílio –; mas não lhe repugna que aquele contraente assuma um papel qualificado em suportar os mesmos encargos – o que explica que a compensação pública unicamente amenize situações de drástico desequilíbrio económico-financeiro da empresa privada, sem isentar o contraente privado da sua responsabilidade principal (AMARAL; TORGAL, 2002, p. 325 e segs.; FERNANDES, 2001, p. 231 e segs).

Na formulação cristalina de Oliveira (1980, p. 1980, p. 712)

[...] é razoável que, sendo ultrapassada largamente a álea ou risco normal que todo o empreendimento económico comporta, o particular não seja obrigado a suportar *exclusivamente* o agravamento resultante de factos anormais e imprevisíveis. Compreende-se assim que, em hipóteses destas, a Administração seja *chamada a ajudar* a sua contraparte, não para repor o equilíbrio financeiro do contrato, mas para *partilhar com ele* os custos anormalmente agravados a que o cumprimento do contrato dá origem. (grifos nossos).

4 O APELO À TEORIA DO *FAIT DU PRINCE* EM CASOS NÃO DIRETAMENTE ENQUADRÁVEIS NOS DOIS PRINCIPAIS PARADIGMAS DE TUTELA DO CONTRAENTE PRIVADO

7

A doutrina administrativista desde há muito conhece casos de necessidade de tutela da contraparte da Administração que se não enquadram rigorosamente em nenhum dos dois institutos acima considerados. A Administração contratante pode usar a posição multifacetada da pessoa coletiva Estado onde se integra – ou com a qual intimamente se relaciona, se o contraente público não for o Estado – para, intencionalmente ou não, modificar de modo colateral as prestações contratuais a que a sua contraparte se vinculou ou o grau de exigência e as condições do seu exercício (GUETTIER, 2008, p. 417-418).

Nesse caso, o contraente público pode obter efeitos semelhantes aos que produziria através de uma *modificação unilateral do contrato* (CAETANO, 2007, p. 620; GON-

ÇALVES, 1999, p. 260; GOMES, 2008, p. 534), mas sem que o seu ato seja formalmente qualificado como tal; por sua vez, é igualmente seguro que o mesmo ato não pode ser associado ao instituto da *alteração de circunstâncias*, porquanto este, por definição, pressupõe uma ocorrência alheia a qualquer das partes e fora do seu controle (OLIVEIRA, 1980, p. 173; MARTINS, L., 2010, p. 359), o que se não verifica quando o próprio Poder público, numa das suas manifestações, dá origem a um impacto sobre o contrato (FREITAS, 2007, p. 115-116; FREITAS, 2014, p. 463; SOUSA; MATOS, 2009, p. 421; GONÇALVES, p. 575).

Como é perfeitamente conhecido, a Teoria do *Fait du Prince* foi elaborada na sequência desta percepção e para responder a esta dificuldade: visou-se disciplinar os casos em que *i)* uma pessoa coletiva materialmente administrativa *ii)* produz uma opção de alcance geral ou, pelo menos, uma opção de abrangência superior à do próprio contrato, *iii)* independentemente da forma do ato jurídico-público que a concretiza (legislativo, regulamentar ou até não normativo), *iv)* no exercício de qualquer das funções política em sentido estrito, legislativa ou administrativa, mas sem deixar de repercutir especificamente sobre o contrato e de afetar o modo de realização das suas prestações e, em consequência, de prejudicar a relação entre receitas e custos inicialmente projetada pelo particular²¹.

8

Porém, os dois principais institutos de tutela da contraparte da Administração acima considerados representam, ainda assim, os *dois principais paradigmas* a que o ordenamento jurídico-administrativo recorre para materializar a tutela dos sujeitos privados perante alterações supervenientes da sua posição jurídica, mesmo quando o evento que justificou essa superveniência se não enquadre rigorosamente em nenhum deles. É, com efeito, por referência a algum deles que o ordenamento determina o socorro do particular perante casos de perversão da justiça material do contrato, sempre que este não possa ser resolvido e mantenha a sua execução duradoura; não se encontra um outro referencial em função do qual as partes possam laborar na recuperação da justiça do negócio que empreenderam²².

²¹ Para a consideração das diferenças material, funcional e teleológica entre o *ius variandi* e o *factum principis*, v. ainda Freitas (2007, p. 115-116); Freitas (2014, p. 461-463); Sousa; Matos (2009, p. p. 421-422). Também sublinhando a necessidade de não confundir um e outro institutos, Gonçalves (1999, p. 260); Gomes (2008, p. 534); Andrade (2013, p. 259).

²² Também neste sentido, apontando para esta dualidade de consequências jurídicas, ver Amaral (2013, p. 642). De resto, é exatamente essa a razão que conduz hoje um sector doutrinário a propor a desconstrução dogmática da teoria do *fait du prince* enquanto fundamento alegadamente autónomo de tutela da posição do particular. Para desenvolvimento desta posição, Martins (2013). Antes, mais sinteticamente, Martins, A. (2010, p. 77-78). Para uma perspectiva distinta, ver Pinto (2012).

Recorrendo ao exemplo português, o regime jurídico vigente oferece um bom testemunho a esse respeito por meio das diversas hipóteses enumeradas no artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos (ANDRADE, 2013, p. 261): os seus n.ºs 1 e 2 diferenciam os casos de aplicação de cada um desses dois paradigmas, impondo-os como referencial de modificação do contrato, ainda se o evento superveniente não puder ser formalmente enquadrado em nenhum dos dois referidos institutos (ALMEIDA, 2010, p. 837). É por isso que a alínea *a*) do n.º 1 determina o recurso ao *paradigma da reposição do equilíbrio financeiro do contrato* mesmo quando “a decisão do contraente público” seja “adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual”, o que justamente demonstra que o legislador disciplina aqui certos casos que se não enquadram na figura da modificação unilateral a que expressamente se refere o n.º 2 do artigo 311.º, impondo-lhes, no quadro de um pensamento analógico, o mesmo regime de reequilíbrio financeiro²³. Para que esse primeiro paradigma seja aplicado, requer-se, isso sim, que a determinação pública, mesmo de âmbito mais geral, “se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante”. Se esse pressuposto se não verificar, é então convocado o *segundo paradigma* de compensação do particular: nos termos previstos no n.º 2 do artigo 314.º, “os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” [portanto, aí se enquadrando os casos de decisões do contraente público que, ao contrário do previsto na alínea *a*) do n.º 1, não se ‘repercutem de modo específico na situação contratual do cocontratante’] conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade”.

O depoimento do Direito legislado em vigor confirma, pois, o entendimento que se vem sustentando: ao dar resposta às exigências de justiça e boa-fé que o ordenamento impõe nos casos de degradação da posição do seu cocontratante, a Administração encontra dois referenciais que lhe permitem tutelar as expectativas do particular em termos e com graus de satisfação distintos. Quando o evento que haja imposto essa degradação se inscreva rigorosamente no poder de modificação unilateral do contrato ou, no plano oposto, num caso imprevisto, a solução prevista pelo sistema jurídico possui contornos mais lineares. Mas esses dois referenciais continuam a representar as únicas respostas possíveis de satisfação da justiça material do contrato mesmo nos casos em que o evento superveniente não consubstancie, de um lado, um ato formal de modificação unilateral do contrato nem, de outro lado, uma ocorrência alheia às partes. Ainda então, a Administração está vinculada a encontrar critérios no ordenamento que a ajudem a discernir em

²³ Também neste sentido, encontrando aqui uma “modificação unilateral *lato sensu*”, “compreendendo o *fait du prince* da autoria do contraente público”, v. Melo (2012, p. 28-29, n. 24).

qual desses dois referenciais se deve apoiar para promover a tutela do seu parceiro privado, escolhendo o referencial cujo *fundamento material* mais se *aproxime* do caso em apreço, apesar de este se não *subsumir diretamente* naquele.

8.a

Por meio dessejuízo, discernirá se a justiça material do contrato impõe uma *restauração rigorosa e integral da equação económica do contrato*, deixando o particular *nos precisos termos* em que se encontrava antes do evento superveniente e isentando-o de quaisquer danos sofridos, imputando ao erário público a totalidade das consequências associadas à superveniência – o que fará quando o *factum principis* produza, mesmo indiretamente, uma modificação das prestações requeridas ao privado semelhante à que ocorreria por meio de uma pura modificação unilateral do contrato, caso em que procedem as razões justificativas da aplicação do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

8.b

Ou, ao invés, perceberá se o ordenamento apenas requer a realização de uma compensação que *transfira parcialmente* os danos sofridos pelo particular para o erário público, *na estrita medida em que o socorro público seja necessário* para evitar um sacrifício drástico da posição do privado que coloque em perigo a continuidade do serviço público prestado ou, em qualquer caso, independentemente de motivações associadas ao interesse público, na estrita medida da necessidade para evitar uma degradação tão drástica da posição do particular que se mostre intolerável para os vetores da justiça e da boa-fé que servem de balizas do sistema jurídico – caso em que procedem as razões justificativas da aplicação da Teoria da Imprevisão, com os mecanismos associados a uma alteração das circunstâncias e aos juízos de equidade que lhe subjazem.

9

De resto, sublinhe-se, precisamente por estarem em jogo mecanismos essenciais à preservação dos valores estruturantes do sistema jurídico – com especial significado para o ordenamento jurídico-administrativo –, tampouco se discute que a aplicação destes referenciais não depende da vontade das partes nem da sua consagração expressa no contrato. Repita-se: desde que se entende, apoiando-se na tradição continental europeia de mais de um século, que estão em jogo “princípios gerais de Direito Administrativo” (CAETANO, 2007, p. 634; CORREIA, 1970, p. 33 e segs.; OLIVEIRA, 1980, p. 716;

OTERO, 1996, p. 939; FERNANDES, 2001, p. 235) que não podem encontrar *ghettos de exceção* sempre que quem atua é uma pessoa (materialmente) pública enquadrada pelo ordenamento próprio de um Estado de Direito, o apelo àqueles referenciais de tutela do particular opera, se necessário, *em vez* das previsões contratuais ou *contra* elas (CORREIA; TORGAL; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 168). O clausulado do contrato pode adaptar ou melhorar, dando maior estabilidade e segurança jurídica à posição das partes, as conclusões emergentes de um trabalho que reuniu contributos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais para aprimoramento da Teoria dos Contratos Administrativos; mas não pode renegar essas conclusões e substituir as exigências próprias da boa-fé.

5 CONCLUSÃO: O EXERCÍCIO DE DETERMINAÇÃO CONCRETA DO REGIME COMPENSATÓRIO DO CONTRATANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEL AOS CASOS DE *FACTUM PRINCIPIS*

10

Do anteriormente exposto decorre que, em cada situação concreta de ofensa à posição jurídica do contraente privado, tornar-se-á crucial a fixação rigorosa da *fronteira* entre *i*) os casos integrados no *tertium genus* de eventos supervenientes à decisão de contratar que reclamam a aplicação do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato e *ii*) aqueles outros que se bastam com a aplicação da Teoria da Imprevisão.

Pode reconhecer-se que essa constitui uma das tarefas mais exigentes no contexto da atual Teoria dos Contratos Administrativos; o simples facto de se procurar responder a casos atípicos que se não enquadram diretamente em qualquer daqueles dois institutos justifica essa dificuldade – o que explica que alguns dos maiores vultos da doutrina francesa hajam chegado a qualificar a Teoria do *Fait du Prince* como uma das mais confusas no Direito dos Contratos Administrativos (LAUBADÈRE; MODERNE; DELVOLVÉ, 1984b, p. 516). Mas a omissão desta difícil tarefa, compreende-se, prejudicaria a própria resposta às necessidades de tutela dos contraentes privados.

11

Num estágio inicial da evolução doutrinária, a dificuldade dessa distinção aconselhou à *pura equiparação* entre os regimes da modificação unilateral do contrato e da modificação por facto do príncipe. Numa solução entre cujos partidários portugueses ainda pontificou Caetano (2007, p. 620), supôs-se que a intervenção extracontratual represen-

taria um simples método alternativo de obter aquilo que a Administração poderia ter imposto diretamente por meio de um ato de modificação formal do clausulado do contrato; por isso se entende que a leitura das considerações tecidas por esta sensibilidade doutrinária revele que, verdadeiramente, ela pretendeu proceder ao tratamento indiferenciado dos dois institutos, não se encontrando sequer nas suas linhas algum indício de que a intervenção extracontratual contivesse qualquer especificidade que fosse objeto de atenção autónoma²⁴.

Na doutrina do universo lusófono²⁵, coube a Oliveira (1980) o mérito de fazer notar com maior clareza que certas determinações públicas extracontratuais, sem deixarem de produzir um impacto no contrato e nas perspectivas de lucro do particular, faziam-no ao abrigo de considerações de política económica geral que poderiam afetar um certo universo, mais amplo ou mais restrito, de empresários de um sector, sem que, contudo, se vislumbrasse aí, mesmo indiretamente, uma alteração das prestações contratuais ou do grau de exigência associado ao respetivo modo de execução, não se encontrando pois fundamento material bastante para alegar a equiparação a um ato de modificação unilateral do contrato e, em consequência, explicar a convocação do regime mais pesado de reposição integral do equilíbrio financeiro do contrato. A determinação pública poderia até bulir com algum elemento da realidade fáctica ou jurídica em que o contraente privado tivesse *confiado* ao elaborar a sua proposta; mas isso, precisamente, permitia demonstrar que a compensação pelo evento superveniente só poderia funcionar depois de demonstrados os pressupostos inerentes à *Teoria da Imprevisão*. Em contraste, aquela determinação pública extracontratual não teria – indiretamente (como sucede nos casos mais exigentes de *factum principis*) – *modificado o contrato*, por não ter o ato político, legislativo, regulamentar ou não normativo alterado *as prestações* requeridas ao privado ou as exigências que concernem ao seu *modo de execução*, pelo que seria inexplicável a aplicação de um regime exigente que o ordenamento pensou para os casos em que justamente se impõe uma modificação superveniente *do contrato* (OLIVEIRA, 1980, p. 708-709 e 713).

²⁴ V. Caetano (2007, p. 620) procedendo a um verdadeiro tratamento unitário das duas figuras.

²⁵ Para desenvolvimento das tentativas anteriores noutros sistemas europeus, sublinhando os contributos iniciais da doutrina francesa – com especial ênfase para Corneille e Jèze –, logo desde as pronúncias iniciais do *Conseil d'État* na segunda década do século XX, quanto à distinção entre os casos em que a compensação financeira visa “ressarcir o particular” e os casos em que apenas pretende “dar uma ajuda temporária ao empreiteiro”, tendo em vista “obstar a parte das suas graves perdas, evitando a sua ruína e a consequente interrupção do serviço público”, cfr. a recensão de Freitas (2007, p. 239 e segs., *maxime* p. 240).

Em suma, advertindo quanto à necessidade de formulação de diferenciações entre situações integradas num conceito de *factum principis* não homogêneo e rompendo com a tese da sua equiparação em bloco ao conceito de modificação unilateral dos contratos, pôde o Ilustre Autor concluir que, se muitos desses atos “do ponto de vista teórico [...] se podem enquadrar na noção de ‘fait du prince’”, “nem todos eles são suscetíveis de justificar o exercício do direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato.” (OLIVEIRA, 1980, p. 708).

Ilustrando esse entendimento, o mesmo administrativista sublinhou a diferença entre um ato normativo de âmbito específico que modifica as exigências regulamentares que disciplinam as características da prestação de um serviço público objeto de um contrato administrativo – a propósito do caso exemplar de uma alteração regulamentar das características da água para o consumo público –, com isso alterando colateralmente as exigências associadas ao modo de execução de prestações ao abrigo de contratos em vigor – com os mesmos efeitos que poderiam ter sido produzidos por um puro ato de modificação unilateral de contratos –, e, em contraste, um ato baseado numa opção de política laboral, fiscal ou económica em geral que, podendo até agravar os custos dos contraentes privados ou diminuir as suas receitas, não diz respeito ao modo de execução das prestações contratuais ou às exigências a elas associadas (OLIVEIRA, 1980, p. 708-709).

Enfim, numa formulação cristalina que sintetiza os casos em que o *factum principis* não pode ser equiparado a uma modificação unilateral do contrato, as determinações públicas, no segundo caso, “atingem o cocontratante da Administração não enquanto tal, mas enquanto empresário, devendo por isso ele sujeitar-se às consequências daí derivadas”, “salvo a possibilidade de se fazer funcionar a teoria da imprevisão” (OLIVEIRA, 1980, p. 709)²⁶. Se, repita-se, apesar desta diferenciação de regimes, o próprio cocontratante “enquanto empresário” tiver confiado razoavelmente na permanência das opções políticas anteriores e nelas tiver feito assentar os seus cálculos económicos que presidiram à sua decisão de contratar, a medida extracontratual que tiver subvertido essa expectativa não deixará de ser juridicamente relevante para a execução do contrato, desde que estejam “preenchidos os demais requisitos da teoria da imprevisão”; mas, em qualquer caso, a compensação funcionará “no domínio desta e não no da teoria do equilíbrio financeiro” (OLIVEIRA, 1980, p. 713).

²⁶ Ainda sobre a diferenciação de medidas de política geral que não podem ser equiparadas a uma modificação contratual, cfr. García de Enterría; Fernández (1998, p. 733).

12

Sob outra perspectiva: a Teoria do Facto do Príncipe determina a aplicação do mesmo regime de reposição do equilíbrio financeiro do contrato quando se demonstre que se produziu por via extracontratual um *efeito idêntico ou semelhante* àquele que poderia ter ocorrido *se a Administração tivesse optado por assumir abertamente uma modificação unilateral do contrato*. Mesmo que aquela Teoria tenha a particularidade de defender o privado em certos casos em que o Estado não tem sequer em vista os efeitos que o seu ato produzirá sobre o contrato e o respetivo impacto surge de modo *inconsciente e colateral*, ainda então a aplicação do instituto da reposição do equilíbrio financeiro pressupõe que, objetivamente, o resultado do ato extracontratual implique uma modificação contratual *como se* o contraente público a tivesse imposto direta e formalmente.

Para demonstrar a existência de um dever de rigorosa reposição do equilíbrio financeiro inicial, *não basta*, pois, que se acene com uma decisão jurídico-pública que altere apenas o *contexto* jurídico ou económico em que o contraente privado executará as prestações a que se obrigou e que potencialmente lhe provoque prejuízos no exercício dessa atividade contratual – refletindo-se, no limite, numa diminuição das receitas ou num aumento de custos²⁷.

É que, note-se, se se pondera a hipótese de *incorporar no erário público a totalidade dos danos sofridos pelo particular* e de subscrever um regime especialmente gravoso para a Administração e concebido para o *exercício do seu poder de modificação unilateral*, tal possibilidade depende de se identificar qual o impacto modificativo indireto do ato extracontratual, que haja produzido *efeitos semelhantes aos de um ato modificativo direto* – “que respeita exclusivamente ao próprio objeto do contrato ou alguma das prestações nele envolvidas” (OLIVEIRA, 1980, p. 713) –, sob pena de não ser possível explicar quais as razões materialmente justificativas da procedência desse regime gravoso num caso em que os seus pressupostos não estão verificados. Por outras palavras, a *identidade de regimes* entre a modificação contratual e a modificação extracontratual deverá estar justificada por uma *identidade dos efeitos* produzidos pelo ato modificativo, os quais explicam também que a ordem jurídica atribua um *grau idêntico de proteção* ao contraente privado que seja afetado por uma ou outra atuação do Poder.

²⁷ Com sugestões próximas, Almeida (1980, p. 828-829); Gomes (2008, p. 535).

Em suma, no contexto da Teoria do *Fait du Prince*, o contraente público será responsável pela reposição do equilíbrio financeiro do contrato somente quando, embora por meio de uma manifestação extracontratual, o Poder haja usado um dos instrumentos jurídico-públicos à sua disposição para, de modo intencional ou não, **obter a mesma utilidade que poderia ter obtido por meio do exercício dos poderes típicos de modificação unilateral do contrato** reconhecidos pela Teoria dos Contratos Administrativos, a saber, na definição da lei em vigor, os poderes de “*modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público*” (alínea *c*) do artigo 302.º do CCP).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo código dos contratos públicos. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. II, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- AMARAL, Diogo Freitas do / TORGAL, Lino. **Estudos sobre concessões e outros atos da administração**. Coimbra: Almedina, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de direito administrativo**. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoria del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- ATHAYDE, Augusto de. Para a teoria do contrato administrativo: limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral da administração. in: **Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano**. Lisboa: Ática, 1973.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2007. (9.ª reimp.)
- CORDEIRO, António Menezes. Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. In: **Cadernos O Direito**, Coimbra, Ed. Almedina, n.º 2, p. 111-176, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001 (reimp.).

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Contrato administrativo. In: **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Coimbra, 1970.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, José Manuel Sérvulo; CADILHA, António. o regime da responsabilidade por erros e omissões do projeto nas empreitadas de conceção/construção em face do código dos contratos públicos. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 69, n.ºs 3-4, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo; TORGAL, Lino; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro. alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

FERNANDES, Luís Carvalho. **A teoria da imprevisão no direito civil português**. Lisboa: QuidJuris, 2001.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. **Direito dos contratos públicos e administrativos**. Lisboa: AAFDL, 2014.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. **O poder de modificação unilateral do contrato administrativo**: e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício. Lisboa: AAFDL, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. v. I, 8. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GOMES, Carla Amado. A conformação da relação contratual no código dos contratos públicos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. **Direito dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2015.

GONÇALVES, Pedro. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo**: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2003.

GUETTIER, Cristophe. **Droit des contrats administratifs**. 2. ed. Paris: PUF, 2008.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLLÉ, Pierre. **Traité des contrats administratifs**. v. 1. 2. ed. Paris: LGDJ, 1984a.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLLÉ, Pierre. **Traité des contrats administratifs**. v. 2. 2. ed. Paris: LGDJ, 1984b.

MACHADO, J. de Melo. **Teoria jurídica do contrato administrativo**. Coimbra, 1937.

MARTINS, Ana Gouveia. A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MARTINS, Ana Gouveia. **Contributo para uma desconstrução dogmática da teoria do facto do príncipe**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

MARTINS, Licínio Lopes. Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MELO, Pedro. Contratos de concessão de obras públicas e força maior. In: **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, Ed. CEDIPRE, n. 6, 2012.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 7. ed. Paris: LGDJ, 2001.

OLIVEIRA, Mário Esteves de. **Direito administrativo**. v. I. Coimbra: Almedina, 1980.

OTERO, Paulo. Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 56, n.º 3, 1996.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo**. v. I, 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

PINTO, Cláudia Saavedra. **O facto do príncipe e os contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2012.

RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2006.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1978.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O concurso público na formação do contrato administrativo**. Lisboa: Lex, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral**. v. III. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2009.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VIDAL, Laurent. **L'Équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative**. Bruxelles: Bruylant, 2005.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.

Submissão em: 6 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 12 setembro 2018

A R T I G O S

El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?¹

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ²

Resumen: Muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del Trabajo. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura organizativa, como por ejemplo es el caso de la start-up estadounidense Uber, que ofrece transporte de viajeros a través de una aplicación móvil gratuita. En principio los conductores no son empleados de Uber, pero en el mes de marzo de 2015 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) elaboró un informe en el que mantiene la existencia de dependencia y, por lo tanto, del contrato de trabajo de las personas que ofrecen esta actividad de transporte, como ya hizo la Comisión de Trabajo de California, y posteriormente un tribunal de San Francisco. No obstante, el informe de la ITSS no es vinculante y habrá que esperar al pronunciamiento del Tribunal Social correspondiente. Nuestro trabajo intentará responder a varias interrogantes, como por ejemplo ¿Es la dependencia la nota central e imprescindible del Derecho del Trabajo? ¿Es posible la aplicación del Derecho del Trabajo sin la presencia de la denominada dependencia jurídica? ¿A qué tipo de dependencia atiende el Derecho del Trabajo? ¿Qué es la dependencia digital?

Palabras clave: Dependencia industrial, tecnológica y digital, Derecho del trabajo moderno.

¹ Agradecimientos para la **Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo** (Italia), editada por ADAPT (Volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2015). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Análisis jurídico del teletrabajo en el derecho español y comparado. El e-work como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad (DER2013-43615-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (España), cuya IP es la Prof. Lourdes Mella.

² Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Coordinadora de la Cátedra Unesco Promoción Socio-Laboral de la Fundación Sagardoy. España.

1 INTRODUCCIÓN

La reforma laboral de 2012 en España comporta unos cambios muy relevantes en el Derecho del Trabajo, que están ocasionando un amplio debate jurisprudencial y doctrinal en torno a la implantación de la flexiseguridad en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, y del fomento de la empleabilidad³. La actual sociedad española de la crisis está experimentando unos cambios profundos tanto en el empleo y en la colocación como en el acceso al mercado de trabajo: precariedad en los contratos de trabajo, y “nuevas” formas de manifestación del trabajo y/o del empleo a través del emprendimiento, que mayoritariamente es una manifestación del auge del trabajo autónomo entre el colectivo más desfavorecido: los jóvenes. Para el año 2013 el Gobierno Español recogió una serie de recomendaciones de la Comisión Europea en materia de empleo joven desarrolladas en el Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo denominado “medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”. El objetivo de esta Estrategia es impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena, o a través del autoempleo y el emprendimiento. En este sentido, el legislador está utilizando una serie de formas no

³ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, contempla una serie de medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores: reforma de las empresas de trabajo temporal al autorizarlas a operar como agencias de colocación; reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos; previsión de que los Servicios Públicos de Empleo otorguen a cada trabajador una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la Seguridad Social; reconocimiento a los centros y entidades de formación acreditadas la posibilidad de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo; así como la introducción de modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil, etc.

laborales para favorecer la inserción laboral de jóvenes, como el conocido trabajo autónomo regulado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; o el emprendimiento, regulado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, y en la propia ley 11/2013. En definitiva, se trata de iniciativas de autoempleo que pretenden ser una fuente de generación de empleo por cuenta ajena, y que complementan a otras conocidas medidas (bonificación y reducción de las cuotas de autónomos de la Seguridad Social) que tratan de estimular la puesta en práctica de iniciativas de autoempleo, tanto de jóvenes como de desempleados de larga duración (SIERRA BENÍTEZ, 2014, p. 525-538; SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, 2014, p. 359-404). En general, se está produciendo un fomento del emprendimiento y del autoempleo que, dada la escasez de creación de “trabajo dependiente”, están desencadenando posibles “nuevas fronteras” entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia ante los avances de las tecnologías digitales que favorecen nuevas formas de realización de la prestación de servicios: trabajos digitales. Los avances tecnológicos permiten que las empresas formen equipos de trabajadores o empleados que trabajan en distintas partes del mundo, manteniéndose en contacto entre sí por medio de las tecnologías de las comunicaciones. Los servicios de contratación en línea, como por ejemplo *Upwork*, permiten poner en contacto a empresas con trabajadores autónomos mediante una aplicación móvil, algoritmos de búsquedas, servicio de chat en tiempo real, etc.⁴, y todo ello para subcontratar trabajo (OIT, 2015, p. 11). Este mercado digital no impide frenar otro de los graves problemas que atacan a la economía de mercado mundial: el auge del empleo sumergido y/o informal. Según la patronal de las empresas de trabajo temporal (Asempleo), en España tenemos aproximadamente cuatro millones de españoles que trabajan “en negro”, lo que supone un 18% de la población activa. La economía sumergida representa en España más de un 20% del PIB, aproximadamente 240.000 millones de euros, situándose entre los tres países de Europa en que la economía informal tiene más peso sobre el PIB⁵. Con la entrada del nuevo siglo, en las regiones que tienen implantado el sistema de mercado capitalista, el orden económico y financiero está sufriendo una crisis de calado hasta ahora desconocido. Con respecto al mundo del trabajo, estos cambios tienen una incidencia vital, dado que las tecnologías de la comunicación y

⁴ La plataforma Upwork es la resultante de la unión de Elance y oDesk, véase <<http://www.whatsnew.com/2015/05/05/elance-odesk-ahora-es-upwork-para-poner-en-contacto-a-empresas-con-trabajadores-autonomos/>> “odesk es una empresa global con una serie de herramientas muy útiles para trabajadores y empresas que desean relacionarse y trabajar a distancia”. Las empresas pueden utilizarla para contratar trabajadores y los trabajadores para encontrar trabajo. Así, por ejemplo, el trabajador deberá crear un perfil virtual para entrar en el proceso de selección de la oferta que le interese para ganar un contrato por horas o por un precio fijo, vid. <<http://www.cosasimposibles.com/como-trabajar-desde-casa-con-odesk-y-una-razon-para-cuidar-tu-peinado/>>.

⁵ Disponible en: <<http://www.lexdiario.es/noticias/230323/cuatro-millones-de-espanoles-trabajan-en-negro-un-18-por-ciento-de-la-poblacion-activa-segun-asempleo>>.

información y el auge de las plataformas digitales están produciendo cambios en el trabajo que nos hacen reflexionar en torno a la nota principal definidora de la existencia de una relación laboral: la dependencia. Los científicos vaticinan sustitución del trabajo humano por el trabajo robótico, lo que parece reducir la actividad humana a un importante cometido: tener y educar hijos en la sociedad de la robótica del año 2050 (robots capaces de imprimir edificios con una impresora 3D y ensamblarlos). Si esto es así, el problema será grave porque habrá que enfrentarse a la transformación de la economía cuando no sea necesaria tanta gente dedicada a la producción de bienes y servicios⁶. Esto último es un problema lejano en el campo jurídico-laboral, no es de interés porque sería trabajar con hipótesis y no con realidades incipientes como en la actualidad: la escasez de trabajo dependiente y el auge del trabajo digital. Desde el Derecho del Trabajo se plantea de nuevo la ubicación de la nota de la dependencia cuando las personas ofrecemos bienes y servicios al mercado para “satisfacer las necesidades no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios” (MARTÍN VALVERDE, 2014, p. 39; véanse también ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 495 y ss.), en este caso en la era digital: el empleador digital. Para ello vamos a estudiar el tránsito de la nota de la dependencia jurídica en la gran transformación del Derecho del Trabajo en el siglo XXI: de la dependencia originaria a la dependencia digital. Y ¿por qué la dependencia y no la ajenidad? La respuesta se reconduce al plano personal de la relación entre el trabajador y el empleador, puesto que lo “definitorio del contrato de trabajo sería el compromiso asumido por el primero de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquel” frente a la concepción patrimonialista y economicista de las teorías de la ajenidad (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 389)⁷.

2 LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA INDUSTRIAL

En los antiguos planes de estudio de finales del siglo XX, era muy habitual en la Universidades Españolas que los profesores del Derecho del Trabajo dedicaran sus investigaciones y publicaciones al estudio de los orígenes y la evolución del Derecho del Trabajo⁸. Las antiguas clases magistrales impartidas en un extenso programa conllevaban que varias de esas sesiones versaran sobre los orígenes, formación y evolución del Derecho

⁶ Evan Henshaw-Plath, co-creador de Twitter en: <<http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20131124/visionarios-mundo-2050-6584.html>>.

⁷ En relación con las distintas teorías de la ajenidad, Cruz Villalón (2010, p. 30 y 31).

⁸ Al respecto, vid. Palomeque López (2002). O bien desde la perspectiva ideológica transnacional, Ojeda Avilés (2014, p. 13-38).

del Trabajo. Actualmente, estos estudios históricos prácticamente se han reducido a unos escasos minutos de clase, donde se ha pasado al estudio del Derecho del Trabajo por casos⁹. Esto es significativo, porque para poder ahondar en las reflexiones sobre la gran transformación del trabajo es necesario recordar los orígenes y desarrollo de esta disciplina, que surgió con la revolución industrial en importantes ciudades y metrópolis europeas entre finales del XVIII y comienzos del XX. La ordenación del trabajo en las sociedades preindustriales no se caracterizaba por la existencia de una legislación laboral propiamente de trabajo, sino por unas normas más de Derecho público que de Derecho privado. El trabajo se identificaba con el trabajo manual, que no gozaba de una regulación propiamente dicha, sino de una regulación incidental dirigida a contemplar otras realidades (MONTOYA MELGAR, 1979, p. 53). Por ejemplo, por un lado el régimen jurídico del esclavo en Roma, que se encuadraba en el contexto de las relaciones dominicales o de propiedad; y por otro lado el régimen del siervo medieval, incluido dentro de las relaciones señoriales. Estas reglas propias de la esclavitud y de la servidumbre responden a una conciencia social preindustrial que considera el trabajo como una actividad desprovista de nobleza y no libre. Como dice el profesor Montoya Melgar, las notas de esta etapa preindustrial eran la “ausencia de mérito social y forzosidad”, que en la era moderna se desplazan y sustituyen por considerar el trabajo digno, libre o voluntario (MONTOYA MELGAR, 1979, p. 53 y 53). No obstante, ese trabajo forzoso en régimen de esclavitud o servil convivía con otro tipo de trabajo también manual pero libre o voluntario a cambio de un precio: el trabajo de los artesanos. Estos trabajos los podemos asimilar al trabajo autónomo o por cuenta propia como los conocemos en la actualidad, y que incluso podían coincidir con la figura del empleador en el momento que tuvieran trabajadores a su servicio, incluidos los esclavos. Los antecedentes de la prestación de servicio subordinada se localizan en Roma en torno a la figura jurídica conocida como *locatio-conductio operarum*, consistente en que el trabajador se comprometía a realizar un trabajo por cuenta de un patrono, de quien recibía una remuneración. El trabajador podía ejercitar una acción para exigir el pago de la misma al patrono (*actio locati*) y éste, el patrono, de otra para exigir al trabajador la realización del trabajo ordenado por él mismo (*actio conducti*). Frente a esta figura existía la *locatio-conductio operis*, por la que el trabajador por cuenta propia (autónomo) pactaba la realización de un resultado a cambio de un precio. En el primer caso nos encontramos ante un contrato que podemos considerar como antecedente del contrato de trabajo, y en el segundo ante un contrato que igualmente cabe identificar como antecedente del contrato de obra a tanto alzado. En la sociedad romana el esclavo

⁹ Véanse las nuevas tendencias tras la implantación en España del “Plan Bolonia” donde se adaptaron los estudios universitarios a la normativa comunitaria, en Martínez Girón; Arufe Varela (2015).

era considerado una cosa, por lo que la relación entre trabajo-hombre se encuadraba dentro del arrendamiento de cosas que más tarde pasa a ser un arrendamiento de hombre libres (de la *locatio hominis* se pasa a la *locatio operarum*, donde se distingue el trabajo de la persona del trabajador). Los orígenes del trabajo motivaron que mediante “la *locatio-conductio operarum* el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél”. Este sometimiento no existía en la *locatio-conductio operis*, donde el trabajador era autónomo y no estaba integrado en un poder ajeno. Esta diferencia se ha mantenido en nuestros días, donde el contrato de trabajo tiene su fundamento en la dependencia del trabajador respecto al empleador, y el contrato civil de ejecución de obra en la autonomía e independencia del trabajador¹⁰. No obstante, tanto el trabajo gremial como los contratos de servicios del Antiguo Régimen (trabajo libre y por cuenta ajena incluso en el medio rural en la Baja Edad Media en períodos anteriores a la revolución liberal), junto a la esclavitud, son las instituciones clave de los regímenes económicos anteriores a la revolución liberal, y que marcan la diferencia entre el Antiguo Régimen y la Edad Contemporánea¹¹. La aparición del Derecho del Trabajo en la sociedad industrial se debe a una serie de acontecimientos demográficos, económicos y tecnológicos. El tránsito del Antiguo Régimen a la Sociedad Contemporánea se debe a una serie de circunstancias originadas por la Revolución Industrial iniciada en Gran Bretaña alrededor del año 1760. Entre estas circunstancias, desde un punto de vista demográfico y económico hay que señalar el aumento de la población, el crecimiento rápido de ahorro y capital, la movilidad y la concentración de capitales. Y desde el punto de vista tecnológico, la utilización de las máquinas en la producción industrial e incluso agrícola, así como la división y movilidad del trabajo libre, ajeno a las trabas gremiales. En el plano ideológico aparece lo que conocemos con la denominación de Revolución Industrial, desencadenante de grandes cambios y de la aparición de la sociedad industrial. Así, desde un punto de vista técnico-productivo del trabajo destacan el fenómeno de la división del trabajo y la concentración de los trabajadores en los centros de trabajo. Desde el punto de vista jurídico del trabajo: la libertad teórica del trabajador proclamada en la Constitución de 1791 con la Revolución francesa como contraria a las trabas de los gremios (suprimidos por la Ley Le Chapelier), y a la esclavitud en sentido propio. No obstante, esta proclamación de la libertad individual de los trabajadores reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes es más teórica que real, dado que los trabajadores no ocupan la misma posición en el contrato de trabajo que los empleadores, con lo que el abuso en los contratos de trabajo

¹⁰ En este mismo sentido, Montoya Melgar (1979, p. 55 y 56).

¹¹ En estos mismos términos Martín Valverde; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; García Murcia (2014, p. 60).

era algo muy habitual. Igualmente, la excesiva prolongación de las jornadas de trabajo, las malas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, el trabajo abusivo de menores y mujeres, y las deficientes condiciones salariales provocan un descontento generalizado que da origen a la aparición de los sindicatos y a las primeras normas de Derecho del Trabajo desde un punto de vista estricto¹²: leyes de fábricas (protección de mujeres y menores –Ley de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores en España– y prevención y protección de accidentes de trabajo –Ley 1900 de accidentes de Trabajo– y, por último, la normativa laboral de limitación del tiempo de trabajo con respecto al descanso semanal y establecimiento de jornada máxima de trabajo. El resto de las normas afectan a la legalización de las asociaciones profesionales y de los sindicatos, y a la creación de la Administración laboral y de la Jurisdicción Social. La normativa del código civil vigente (1889) dentro del arrendamiento de obras y servicios contempla el trabajo de criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados (arts. 1.586 y 1.587), es decir, menciona una serie de servicios o trabajos dependientes o subordinados que son regulados más adelante por la normativa laboral propiamente dicha. Como apunta la doctrina,

la falta de referencia expresa en sus preceptos a la subordinación en la prestación del trabajador ha permitido a la jurisprudencia posterior la aplicación extensiva de los mismos al trabajo autónomo prestado en favor de otro; señaladamente, a los servicios de profesionales en régimen de ejercicio libre¹³.

No obstante, el paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo no llegará hasta la etapa de formación del Derecho del Trabajo tras la Primera Guerra Mundial, en los términos del art. 1.1 del ET, en el que la definición legal de trabajador asalariado que se extiende a quienes “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y de dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. De esta actual definición legal de trabajador asalariado se desprenden cuatro notas que caracterizan al trabajo asalariado: voluntariedad, ajenidad, subordinación y retribución. Estas notas han sido objeto de conflictos de interpretación y de aplicación que han sido sustanciados en los tribunales de lo social y que, gracias a sus pronunciamientos, han dado lugar a una jurisprudencia que ha servido para su delimitación legal. Entre estas notas, las que más conflictos plantean son la de la ajenidad y la dependencia atendiendo al tipo de actividad o clase de trabajo porque

[...] son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que

¹² En este sentido, véase Montoya Melgar (1979, p. 62-71).

¹³ Martín Valverde; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; García Murcia (2014, p. 62).

además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación, de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales¹⁴.

Existe un conflicto clásico a la hora de determinar cuál de las dos notas (dependencia o ajenidad) es la que ostenta la posición dominante dentro del Derecho del Trabajo. A nuestro parecer, la nota dominante es la que constituye el objeto de este estudio: la dependencia o subordinación. Esto es debido a que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos parten de la noción de trabajo dependiente o subordinado como objeto regulado por el Derecho del Trabajo. Además se trata de una nota caracterizadora y única del Derecho del Trabajo frente a la nota de la ajenidad porque si ésta

es un carácter común a los contratos laborales, civiles y mercantiles donde el comitente hace suyos los resultados del esfuerzo humano y eventualmente obtiene plusvalías, no sucede lo mismo con la subordinación personal del trabajador hacia el empleador: en todos los países [...] esta “subordinación jurídica” [...] pasa a prevalecer sobre la “dependencia económica” a la hora de determinar la aplicación de la leyes tuteladoras de la persona del trabajador (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 391).

Esto es así aun cuando algún tribunal ha declarado que la dependencia

no es sino un aspecto más de la ajenidad en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia-sino al empresario) al referirse a los actores de doblaje que realizaban en parte su actividad en sus propios domicilios gracias a los medios tecnológicos actuales¹⁵.

En realidad la noción de dependencia tradicional ha sufrido un proceso de flexibilización que permite identificarla con “el aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario”. Cuando se habla de dependencia no se parte de la estricta sumisión del trabajador al empresario en orden al tiempo, lugar y modo de la prestación laboral sino como ha calificado la jurisprudencia el sometimiento del trabajador al poder de organización o “en la inserción

¹⁴ SSTS 10 de julio 2007 (RJ 2007/7296), 12 de Diciembre 2007 (RJ 2008/524). 18 de marzo 2008 (RJ 2009/2204), 9 de marzo 2010 (RJ 2010/41449, 25 de marzo 2013, RJ 2013/4757); SSTSJ Galicia 30 de junio 2008 (AS 2008/2172), 21 de julio 2008 (JUR 2008/362413), País Vasco 13 de octubre 2010 (JUR 2010/415886), Galicia 28 de noviembre 2008 (AS 2008/974) y 13 de noviembre 2009 (As 2009/3087), Cataluña 21 de diciembre 2011 (JUR 2012/104591).

¹⁵ SSTS 6 de octubre 2010 (RJ 2010/5017), 19 de julio de 2010 (RJ 2010/5015), 16 de julio 2010 (RJ 2010/5014), 7 de octubre 2010 (RJ 2010/5018), STSJ Madrid 25 mayo 2015 (JUR 2015/189554).

en el círculo rector y disciplinario empresarial” (MONTROYA MELGAR, 1979, p. 41 y 42). En definitiva, y por lo que al requisito fundamental de la dependencia se refiere, es preciso tener en cuenta que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector de la empresa (STS 27 de mayo de 1992, RJ 1992/3678) y disciplinario del empresario (STS 14 de marzo 20005, RJ 2005/4175) así como “el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa [...]” como a “los datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo” (STS 22 de abril 1996, RJ 1996/3334). En definitiva, un control del esfuerzo o de la actividad laboral que en un primer momento se localiza en la fábrica o en actividades en torno al sector industrial, que más tarde se extiende al sector servicios, y que identificamos con lo que hemos denominado “dependencia tecnológica”.

2.1 La Dependencia Tecnológica

En los orígenes del Derecho del Trabajo había una única regulación que delimitaba con nitidez la identificación del trabajador asalariado dentro del sector industrial con respecto a otros trabajadores no asalariados. El trabajo objeto de regulación jurídica se identificaba con el sector industrial en torno a las grandes fábricas en zonas urbanas. La etapa de la consolidación del Derecho del Trabajo se caracteriza por la extensión del ámbito de aplicación subjetivo a las actividades profesionales propias del sector terciario, permaneciendo otras al margen de su ámbito de aplicación. Según la doctrina, esto

provoca como efecto inmediato la necesaria delimitación del tipo de actividades profesionales y de relaciones contractuales sometidas a la misma, fijando en sentido negativo qué otras quedan excluidas; e incluso la delimitación de algunas de ellas que van a encontrarse en una situación de parcial inclusión y de parcial exclusión (CRUZ VILLALÓN, 2010, p. 26).

Las actividades y los trabajos manuales, que eran fundamentalmente el objeto de regulación del Derecho del Trabajo en sus orígenes, se extienden igualmente a los trabajos intelectuales: administrativos, técnicos y los cargos directivos. La expansión origina asimismo la aparición de las denominadas “zonas grises”, que hacen necesaria la configuración e identificación de los elementos definidores del tipo de trabajo sometido a la legislación laboral (OJEDA AVILÉS, 2008, p. 7-18, *passim*). Este término se emplea para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y del Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo (MARTÍN VALVERDE, 2001, p.

30). Por otro lado, la noción de dependencia demuestra que tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado, cuando ésta es realizada mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo, o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas del empleo telemático (SIERRA BENÍTEZ, 2011, p. 41-49; SANGUINETI RAYMOND, 1996, p. 53-71). Para determinar si concurren o no las notas que configuran el contrato de trabajo, los tribunales tienen en cuenta el papel de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, dado que no fueron objeto de consideración cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, año en el que no estaban implantados en nuestro país ni el correo electrónico ni Internet. En el año 1999 se produce un importante pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto que reconoce que las nuevas tecnologías han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en la relaciones de trabajo, propiciando contrataciones en las que es suficiente con disponer de un equipo informático adecuado –o cualquier otro dispositivo electrónico móvil con conexión a Internet– para que el trabajador pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar directamente instrucciones, recibir el fruto del mismo, dirigirlo y modificarlo, y todo ello sin tener físicamente en el lugar de trabajo de la empresa al trabajador, y sin que ello impida que concurren todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 ET¹⁶. Concretamente, en relación con la existencia de la nota de la dependencia, el Tribunal considera que el trabajador se encuentra sometido al ámbito de organización y dirección de la empresa, en cuanto las órdenes patronales sean continuas y directamente impartidas a los trabajadores a través de Internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red o del teléfono móvil y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, y sometidos a las variaciones que la empresa introdujera¹⁷. Consideramos que esta sentencia es bastante significativa, ya que identifica con claridad lo que denominamos “dependencia tecnológica”, cuando la presencia física del trabajador y del empleador se sustituye por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la relación laboral¹⁸. En estos casos el empleador lleva a cabo un “control del espacio virtual” que incluso puede ser más intenso que el llevado a cabo tradicionalmente. Entre

¹⁶ La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto, entre otras, “la aparición de contrataciones, en las que en esencia sigue dándose las notas de laboralidad” (MORGADO PANADERO, 2004, p. 1.911).

¹⁷ En este mismo sentido, STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321).

¹⁸ SSTSJ Cataluña 18 de septiembre 2002 (JUR 2002/255330), Asturias 16 de marzo 2001 (AS 2001335), 14 de abril (AS 2000/1003), Cataluña 10 de marzo 2000 (AS 2000/940) y 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812), Cataluña 21 de diciembre 2005 (AS 2005/55), País Vasco 1 de diciembre 2009 (AS 2010/904).

los poderes del empresario, el de vigilancia y control es el que mayor incidencia tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, en concreto, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo (ESCUADERO RODRÍGUEZ, 2001, p. 835). En efecto, la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha permitido el desarrollo del “poder informático”¹⁹, lo que refuerza aún más el poder de control empresarial sobre la prestación de trabajo, considerado por la más reciente doctrina la causa del contrato de trabajo (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 13-24, *passim*). Sin embargo, volviendo a la sentencia mencionada más arriba y atendiendo a los hechos o manifestación de cómo se realiza la prestación de servicios en ese caso concreto, entendemos que esa “dependencia tecnológica” puede ser poco flexible, dado que el trabajador “debe estar permanentemente localizado a través de la red o del teléfono móvil y sujeto a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo y sometido a las variaciones que la empresa introdujera”. Como hemos visto más arriba, la dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo, entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo –aunque débilmente– su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, 1999, p. 110). Los tribunales han afirmado que

no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas [...] para su desarrollo [...]

Lo que constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo²⁰. En cambio, en otras ocasiones

¹⁹ Giacci (1991, p. 672) entiende como poder informático la capacidad propia del responsable de agregar datos y establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera.

²⁰ STS 10 julio de 2000 (La Ley JURIS 2000/2001); TSJ Cantabria (Sala de lo Social) 11 mayo de 2007 (La Ley JURIS 2007/1112).

han rechazado la existencia de relación laboral, aun existiendo un fuerte indicio de laboralidad en el hecho de que el trabajador estaba, aparentemente, sometido al ámbito organizativo de la empresa, pero la dependencia en realidad era muy tenue, al no constar la existencia de constantes órdenes de trabajo. No obstante, admitiendo la existencia de la “ajenidad en el mercado”, dado que la empresa era la que se beneficiaba del trabajo del trabajador, declara que ambos indicios “quedan apaciguados por el tipo de intervención empresarial, que se limitaba a formato y contenidos y a la no prestación de servicios en forma directa a terceros”²¹. En España ha tenido un significativo impacto una sentencia que reconoce la existencia de relación laboral de un conocido tertuliano de radio, en que la nota de la dependencia está ciertamente atenuada, entendiendo que la libertad profesional del tertuliano reconocida por la empresa, que se limitaba a fijar el tema de debate, no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral²². Junto a este dato de la compatibilidad de la libertad profesional reconocida al trabajador con la relación laboral, también añade, muy acertadamente, la sentencia recurrida:

Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. Bartolomé, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna²³.

En definitiva, como más arriba indicamos, se demuestra que la noción de dependencia tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación asalariada cuando ésta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación, como en los casos del teletrabajo, trabajo a distancia o remoto, que son una manifestación de formas atípicas de empleo inmersas en el conocido proceso de descentralización productiva. Es decir, de ese fenómeno cada vez más extendido en la sociedad globalizada que implica “la externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa” (DEL REY GUANTER; GALA DURÁN, 2002, p. 2). Actualmente este fenómeno alcanza su máxima expresión en la externalización de la fuerza de trabajo y, por lo tanto, en la sustitución del trabajo

²¹ STS (Sala de lo Social), Auto de 6 noviembre 2008 (JUR 87832/2009) en relación con STSJ Cataluña 8 de noviembre 2007, (Recurso 6307/2007). En el caso de un agente comercial, STSJ Galicia de 11 marzo 2010, (JUR 2010/153942).

²² Desde un punto de vista técnico la actividad de los profesionales liberales puede incluso desaparecer, vid. STS 11 de diciembre 1989 (RJ 1989, 8947).

²³ STS de 19 febrero 2014 (RJ 2014\2075) con cita de otra de ese mismo tribunal de 16 de diciembre 2008 (RJ 2008, 8248).

dependiente prestado de forma regular por relaciones externas a la empresa pero coordinadas por ésta: *Sharing economy* o economía colaborativa (RUEDA RODRÍGUEZ, 2015). La economía colaborativa es un sistema económico en el que se comparten y se intercambian bienes y servicios a través de plataformas electrónicas que no cuenta con regulación normativa, y que va a ser objeto de estudio a continuación como consecuencia del tránsito de la dependencia tecnológica a la dependencia digital²⁴.

3 EL TRÁNSITO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA DIGITAL

3.1 La Fábrica Digital y Empleos Digitales

A comienzos del año 2015 el presidente de una importante empresa de telefonía española afirmó que en los próximos cuatro años se podrían crear entre 250.000 y 300.000 empleos digitales si la economía española se digitalizara a un ritmo adecuado. En algunos sectores de producción la inclusión de los servicios de la sociedad de la información ha significado una verdadera transformación del modelo de negocio (por ejemplo, en el sector audiovisual y en el bancario). El sector manufacturero también ha ido incorporando aspectos digitales en su actividad (como, por ejemplo, sensores, automatización de procesos, representación digital de datos) pero orientados a optimizar y mejorar sus procesos existentes, sin que hayan significado un nuevo modelo de fabricación. No obstante, en el futuro muchas de las tendencias y modelos que han surgido en el mundo digital pueden tener su reflejo en el mundo industrial. Según un informe de la Sociedad de la Información 2013, la digitalización de la producción es un movimiento amplio que afecta al proceso interno de fabricación y a los modelos de negocio, que va a permitir una nueva organización productiva: nuevas formas de organizar la producción y nuevos conceptos como la fabricación en la “nube”, *in the cloud* (FUNDACIÓN, 2014). Este es un proceso que da origen a la fábrica digital, y que conlleva una transformación en el mundo del trabajo. Las tendencias tecnológicas (*the cloud*, tecnologías de fabricación de bajo coste, electrónica personalizada, Internet de las cosas, nuevos modelos robóticos) y sociales (*open hardware*, *crowdfunding*) pueden suponer un cambio profundo en el modelo productivo e introducir nuevas tecnologías de fabricación digitales, como por ejemplo la impresión en 3D utilizada por grandes empresas como Boeing, o bien la introducción de la robótica. Una de las consecuencias puede ser la sustitución de empleados por robots, en el momento en que, por ejemplo, un sistema robótico permite cambiar la batería de los coches eléctricos en 90

²⁴ Sobre el caso Uber en profundidad, vid. Dagnino (2015).

segundos. *Baxter*, un robot de 22.000 euros que no necesita programación, aprende de rutinas. La empresa *Tesla Motors* dispone de más de un robot por cada 20 operarios, y la fabricación en la nube es una realidad (FUNDACIÓN, 2014, p. 72 y 73). Sin duda alguna estamos en un proceso de cambio del trabajo y de tránsito hacia la denominada “fábrica digital”, que puede dar lugar a la aparición de nuevos empleos: empleos digitales. En el marco de la Unión Europea, el principal objetivo de la Agenda digital para Europa consiste en desarrollar un mercado digital para dirigir a Europa hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁵. Con ello se pretende implantar el mercado único digital y, entre otros objetivos, fomentar la cultura emprendedora, las competencias y la integración digital para favorecer el empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC), e instaurar un marco europeo especialmente diseñado para los profesionales de las TIC²⁶. Desde el punto de vista del crecimiento económico y del empleo, la importancia de la economía digital trae consigo una mayor demanda de profesionales cualificados. La Comisión Europea estima que Europa se enfrenta a una demanda creciente y no cubierta de entre 700.000 y 900.000 profesionales TIC para 2015, según la iniciativa presentada en marzo de 2013 “*Grand Coalition for Digital Jobs*” (THE DIGITAL, 2013). Sin duda alguna, la creación de empleo digital es una necesidad reconocida, que nos plantea a los *iuslaboralistas* problemas en la delimitación de la nota de la dependencia configuradora de la relación laboral en la era de la fábrica digital, dado que la cultura del emprendimiento se está implantando en el mundo del trabajo con la proliferación del trabajo autónomo, así como también por la presencia de posibles “intermediarios tecnológicos”, que a través de una plataforma conectan a unos sujetos privados para que ofrezcan servicios con usuarios potenciales (caso Uber)²⁷.

3.2 El Empleo Digital y Problemas Delimitadores de la Nota de la Dependencia “Digital”

La promoción del empleo digital se está encauzando fundamentalmente por la vía del fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo²⁸. Ante la alta tasa de desempleo

²⁵ Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité [COM (2010) 245 final-no publicada en el Diario Oficial].

²⁶ La estrategia digital para Europa se inscribe en la estrategia Europea 2020 y constituye una de las siete iniciativas emblemáticas de la misma. La Estrategia 2010 constituye uno de los elementos de respuesta a la crisis financiera de 2008 que fija objetivos en materia de empleo, productividad y cohesión social.

²⁷ Terminología utilizada por un representante legal de Uber en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del Estado de Jalisco en febrero de 2015 antes de que regulara en México DF las condiciones para que el servicio opere en México (Gaceta Oficial Distrito Federal, 15 de julio de 2015, N.º 133 bis).

²⁸ Véase la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 28 de septiembre 2013).

juvenil, el legislador nacional entiende que es necesario proceder a un análisis sobre las características del tejido empresarial español para la identificación de sus principales problemas. Entre ellos, se señala la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, haya llevado a mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo²⁹. El fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo está ocasionando lo que la doctrina clásica denominó la “huida del Derecho del Trabajo”, dado que se promocionan formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, en las que el autoempleo puede desplazar la creación de puestos de trabajo de calidad por cuenta ajena (CASAS BAAMONDE; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER; VALDÉS DAL-RÉ (2013); BAYLOS GRAU, 2000, p. 35-54; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 2001, p. 85-94). Los retos del Derecho del Trabajo están en función de cómo se manifiestan esas formas de realización de la actividad emprendedora de los jóvenes en el mercado de trabajo digital, y como problema tenemos la identificación de la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo. En realidad, el régimen jurídico de vinculación entre el trabajador y el empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el trabajo, puede considerarse que éste se encuentra entre las fronteras del trabajo subordinado y el trabajo autónomo (SIERRA BENÍTEZ, 2014, p. 534). Por ejemplo, pensemos en la actividad de transporte realizada por conductores cuya empleadora o intermediadora, según los casos, tiene como objeto social dar soporte a otras sociedades proveyendo servicio “on demand” (según demanda) de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet (Uber Systems Spain). A efectos formales, Uber Systems Spain (filial de Uber International Holding BV) está inscrita como empresa constituida en Barcelona el 13 de marzo de 2014 para dar soporte a otras sociedades de consultoría de gestión empresarial. Esta empresa o *startup* tiene un sistema online que permite gestionar de forma eficiente el riesgo comercial de la cartera de clientes, y lograr que todas sus operaciones comerciales sean cobradas³⁰. La única forma de acceder al sistema es a través de una App gratuita, que mediante un sistema GPS localiza los vehículos más cercanos, y una vez seleccionado el vehículo correspondiente se le indica a dónde se quiere ir, proporcionando la aplicación una estimación del coste del recorrido. Al finalizar el recorrido, la aplicación muestra el coste real y se procede al pago, calculado de acuerdo con los kilómetros recorridos y el tiempo empleado. Este pago se realiza mediante la aplicación Uber, que está conectada con varios sistemas de pago, como Paypal (RUBIRA,

²⁹ Preámbulo I Ley 14/2013.

³⁰ Disponible en: <<http://www.empresia.es/empresa/uber-systems-spain/>>. El capital social está en el tramo 1-3.500 euros y la probabilidad de impago es del 6'60%.

2014). El problema que plantea esta aplicación es que permite que los particulares puedan realizar el transporte de personas sin la correspondiente autorización administrativa (licencia). Esto ha ocasionado que la industria del taxi haya reaccionado ante los tribunales, y ha provocado que en muchos países se haya declarado el cese de la actividad de Uber por los Tribunales en el año 2014 (España –diciembre–, Alemania –septiembre–, Francia –octubre–) porque esta plataforma opera permitiendo que los conductores, que son particulares que ofrecen sus vehículos para el transporte, operen sin licencia. En Holanda, en diciembre de 2014 los tribunales prohibieron su actividad por falta de licencias, aunque otros servicios como UberBlack o UberLux siguen funcionando sin problemas dado que los conductores de éstos están autorizados para el transporte de pasajeros. En Bruselas se declaró la ilegalidad de UberPOP y se confiscaron varios vehículos, para posteriormente prohibirlo oficialmente, si bien es cierto que se pretende cambiar la legislación para que tanto este servicio como otros más operen bajo la legalidad. En Corea del Sur se ha acusado a 29 personas por operar un servicio de taxi ilegal; en la India se le prohíbe el servicio por no comprobar los antecedentes penales de los conductores tras la comisión de un delito por uno de los conductores. Esto provocó que la App introdujera el botón del pánico. Igualmente, en varios estados de Estados Unidos se han enfrentado a la suspensión del servicio por no respetar la legislación local del transporte. Lo significativo es que la solución parece que pasa por regular la actuación de esta plataforma para que sus conductores operen con licencia (GONZÁLEZ, 2105). En la Ciudad de México se ha llegado a un acuerdo con la multinacional para su regulación, en la que se contemplan varios requisitos: que el servicio no reciba pagos en efectivo de sus clientes y la no utilización de las paradas de taxis de la ciudad. La empresa se compromete a pagar una tarifa anual por cada vehículo afiliado (unos 100 dólares), y a entregar un 1,5% por cada viaje realizado a un fondo de transporte para la ciudad, etc.³¹ La Ciudad de México es una de las más habitadas del planeta y, por lo tanto, con necesidades reales de transporte de pasajeros que han dado lugar a que proliferen los taxis sin licencia y sin ningún tipo de control administrativo, y a que los particulares (emprendedores) con altos ingresos se hagan con una flota de vehículos sin que tengan que pagar permisos o impuestos. De esta forma, el emprendedor sería el “empleador” del conductor del vehículo, a diferencia de otros países como los Estados Unidos, donde el dueño del vehículo es el que presta el servicio. En España un Tribunal de Barcelona ha trasladado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial a los efectos de determinar si Uber es una empresa de transporte, una compañía de servicios de la sociedad de la información (TIC) o un

³¹ Gaceta Oficial Distrito Federal Ciudad de México de 15 de julio de 2015, núm. 133 bis. Véase Diario *El País* 9 de julio de 2015, sección economía en <www.elpais.com>.

combinado de ambos, así como si se ajusta a las leyes de la competencia comunitaria³². A efectos laborales, si se considera que Uber realiza una actividad de transporte debemos tener en cuenta que el art. 1.3 g) del ET considera

excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercialización.

Y, por lo tanto, atendiendo al ET hay que determinar si es una actividad de transporte excluida del ámbito laboral, o bien una relación laboral en los términos del art. 1.1 ET³³. No obstante, si concurren otras circunstancias puede tratarse de una actividad laboral cuando –por sus características o por la clase de vehículo utilizado– no requiera la autorización administrativa. Hay que tener en cuenta que en el caso de los transportes privados (de particulares o de carácter complementario respecto de la actividad de una empresa) y los realizados con vehículos con pequeña capacidad de carga, la normativa de la Ley de Transportes los excluye de la autorización administrativa de transporte (MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ SAÑUDO; GARCÍA MURCIA, 2014, p. 188). Este dato es muy importante, dado que la autorización administrativa a la que hace referencia el art. 1.3 f) ET es la causante de la extralaboralidad del vínculo por la Ley para determinados vehículos según el tonelaje, en vehículos de más de dos toneladas de masa máxima autorizada, (SSTS 22 de diciembre 1997, RJ 1997/9528) y 20 de marzo 2011, RJ 2011/3685)³⁴. En definitiva, nos tendremos que preguntar si los conductores de Uber son trabajadores asalariados y, en su caso, determinar cuáles son los indicios que conducen a esa calificación³⁵.

³² Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona, Asunto: 929/2014D2 (Ordinario) de 17 de junio de 2015. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-Juzgado-Mercantil-3-de-Barcelona-plantea-cuestion-prejudicial-al-Tribunal-de-la-UE-en-relacion-al-conflicto-de-UBER>>. Véase el Diario *El País* 20 de julio de 2015 en <www.elpais.com>. Por otro lado, el Juzgado núm. 2 de lo Mercantil de Madrid dictó el 9 de diciembre de 2014 Auto cautelar suspendiendo las actividades de Uber. Véase el Diario *El País*, de 1 de junio de 2015, en <www.elpais.com>.

³³ Interesantes las reflexiones de Luján Alcaraz (1998, p. 139-154).

³⁴ La exclusión de la actividad de transporte del art. 3.1 g) ET se introdujo en la reforma de 1994 y fue declarada constitucional por la STC 227/1998, de 26 de noviembre, vid. Luján Alcaraz (2009, p. 101-123). Así como los arts. 47 y ss. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y RD 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

³⁵ La STS 23 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10018) establece que la autorización administrativa que excluye el carácter laboral de la prestación de servicios es aquella a que se refiere la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes terrestres, y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servicio como medio de transporte que pudieran requerir otras normas administrativas de nivel estatal o autónomo.

3.3 La Posible Calificación de Trabajador Asalariado a los Conductores de Uber: los Indicios de Laboralidad

Los conflictos en cuanto a la consideración de si los conductores de Uber, que reciben unos pagos por el servicio realizado, son trabajadores asalariados o trabajadores autónomos se han sustanciado ante la administración laboral como valedora del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social. En California la Comisión Laboral determinó que una chófer de Uber no debía ser considerada trabajadora independiente sino empleada. La conductora reclamaba el pago de salarios y otros gastos no satisfechos, y la Comisión estimó por ello el pago de una indemnización por los gastos y los intereses.³⁶ En España los medios de comunicación se han hecho eco de un informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) ante la reclamación planteada por el sindicato del taxi³⁷. El conflicto es relevante porque se plantean varios interrogantes que afectan a la disciplina jurídico-laboral ¿puede considerarse trabajadores a estos particulares que prestan servicios mediante empresas como Uber? ¿Se puede considerar a Uber como empleadora de los particulares que se dedican al transporte de pasajeros?

A efectos laborales hay una cuestión muy importante en relación con la “caracterización jurídica de la empresa como de transporte o no, ya que en el primer caso la actividad de los conductores formaría parte esencial del tráfico mercantil de la empresa” (ROJO TORRECILLA, 2015). Desde el punto de vista laboral tienen la consideración de empleadores todas las personas, física o jurídicas, que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). Es decir, de aquellos trabajadores que reúnan las notas contempladas en el art. 1.1 ET (trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y retribuido). En este caso habrá que acudir a la técnica indiciaria para la calificación como laboral de la actividad de transporte por particulares con vehículo propio³⁸. En España la Inspección de Trabajo de Cataluña ha emitido un informe donde estima que los conductores de *Uber System Spain* deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad. En este caso los indicios que se

³⁶ El Tribunal de San Francisco ha reconocido la existencia de relación laboral de la conductora. Disponible en: <<http://www.02b.com/es/notices/2015/06/una-sentencia-fuerza-a-uber-a-reconocer-a-sus-conductores-13185.php>>.

³⁷ Associació Agrupació Taxi Companys, Coordinadora metropolitana del Taxi y Sindicat del Taxi de Catalunya. Denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona y en la Dirección Provincial de Barcelona de la Agencia Tributaria, el 17 de octubre de 2014.

³⁸ SSTs 15 de junio 1998 (RJ 1998/5262), 19 de diciembre 2005 (RJ 2006/332), 22 de enero 2008 (RJ 2008/1978).

aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra *start up* como *Bla bla Car*, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal (VIGIL, 2014). Esto significa que para la Inspección de Cataluña los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social. No obstante, el acta de infracción por falta de alta y cotización a la Seguridad Social se ha pospuesto hasta que los tribunales no se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber, de acuerdo con unos criterios operativos de actuación de la Inspección cuando la realización de una actividad se lleve a cabo sin la correspondiente autorización administrativa³⁹. Sin embargo, sí ha procedido a extender el acta de infracción a cuatro trabajadores de la compañía por no estar dados de alta en la Seguridad Social y por contratar a un alto cargo extracomunitario de Uber en Europa que carece de permiso laboral en España. En definitiva, como denuncia el sindicato, UberPop recibe por la intermediación una cantidad o porcentaje respecto de los honorarios recibidos por el trabajador y abonados por el usuario. La compañía tiene una verdadera actividad económica mediante la plataforma tecnológica desde el momento en que sus usuarios deben inscribirse en la plataforma para pagar los servicios y posteriormente abonar al conductor sus honorarios, descontando el porcentaje pactado. En este hecho cabría entender, como hace la ITSS, que existe la nota de ajenidad en los riesgos. La compañía dotaba a los conductores de teléfonos móviles en los que sólo funcionaba la aplicación UberPop. En relación con la dependencia es donde habría que apreciar si realmente estamos ante una relación laboral (los conductores son seleccionados por la plataforma sin que haya una adscripción voluntaria; en principio parece que no tienen una organización o estructura empresarial que entendiera que estarían adscritos a la plataforma virtual, etc.)⁴⁰. En definitiva, no nos cabe la menor duda que este será uno de los debates en los próximos meses donde se tratarán cuestiones relevantes en torno a la delimitación de la nota de la dependencia para su calificación legal en actividades canalizadas directa

³⁹ Rojo Torrecilla (2015) criterio operativo 94/2014, de 5 de febrero sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin disponer de autorización para operar en el tráfico jurídico (sustitúyase, pues, venta de lotería por actividad de transportes sin autorización administrativa...) que procede a modificar el criterio 5272007, de 3 de julio.

⁴⁰ En Gozzer (2015) se citan algunos de los indicios señalados en el Informe de la ITSS donde indica “[...] También se considera que asisten ‘de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa’ para ‘prestar un servicio’. El centro de trabajo ‘lo constituye el mismo vehículo’, que circula por una zona fijada por Uber ‘de forma unilateral.’” (el área metropolitana de Barcelona). Igualmente se hace referencia a la libertad horaria pero estando los conductores sujetos a unos pluses que condicionaba dicha libertad (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad).

o indirectamente mediante plataforma digitales. En el caso de las actividades llevadas a cabo dentro de la economía colaborativa, no cabe hablar de un intercambio de una prestación de servicios por un precio cuando se comparten e intercambian esas actividades y servicios sin que comporte la existencia de una actividad económica y/o empresarial. Entendemos que en todos estos casos existe una dependencia digital, donde habría que distinguir entre la *Locatio conductio operarum*, donde el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél; y la *locatio-conductio operis*, es decir, trabajador autónomo no integrado en poder alguno. Con ello pretendemos equiparar los inicios del Derecho del trabajo industrial con los inicios del trabajo tecnológico y/o virtual. Nos encontramos en una fase de transformación del Derecho del Trabajo, ante la presencia de nuevos trabajo y nuevas realidades.

4 CONCLUSIÓN

En el siglo XXI las nuevas realidades económicas, sociales y tecnológicas van a generar una serie de necesidades que hasta ahora eran impensables. El trabajo por cuenta ajena es un trabajo escaso y el desempleo en algunas edades y lugares alcanza cotas alarmantes. La grave crisis mundial ha originado que las plataformas y empresas digitales ofrezcan prestaciones de servicios de acuerdo con antiguas prácticas económicas como el trueque. No obstante, estas prácticas que son muy eficientes para la economía global de la crisis, comportan una serie de problemas legales y jurídicos cuando la prestación de servicios se hace a cambio de un precio para obtener una ganancia patrimonial. En el momento en el que existe una prestación de servicios a cambio de un precio, hay que delimitar si esa prestación genera una dependencia laboral, ninguna dependencia, o comporta una dependencia económica. En la actualidad está proliferando el trabajo autónomo como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones: emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas⁴¹. Entre este colectivo se encuentran los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que son aquellos que desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva

⁴¹ Preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 12 de julio 2007, núm. 166). El art. 1.1 contempla que “la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

dependencia económica del empresario o cliente que los controla. Es decir cuando este empresario sea su principal cliente y de él provenga, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador (TRADE). En la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto autónomo (LETA) el legislador, consciente de esta proliferación de trabajadores decidió delimitar conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. Se trataba de prevenir “la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena” (preámbulo de la LETA). En España recientemente se ha llevado a cabo una reforma respecto al colectivo de los TRADE, que les permite contratar trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente. Se trata de una modificación que pretende resaltar la capacidad auto-organizativa del TRADE, “dando un paso más en su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena, eliminando así los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías”. En este sentido, coincidimos con el legislador en la necesidad de marcar las diferencias respecto al trabajador por cuenta ajena, si bien es cierto comprobamos que esas modificaciones están muy próximas a las contenidas en el ET, en relación a la suspensión del contrato de trabajo (arts. 36, 45 y 46 del ET). Los grandes retos del Derecho del Trabajo están en la adaptación de nuestra normativa a las realidades del trabajo que comporta la existencia de una dependencia digital y el “acercamiento” al trabajo autónomo, en especial al realizado por el TRADE, conforme a las instituciones del Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico protector de la parte débil del contrato: el trabajador en sentido amplio⁴².

REFERENCIAS

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. **La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo.** *REDT - Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986. p. 495-544.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. La huida del derecho del trabajo. En: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; MIRÓN HERNÁNDEZ, María del Mar (Coord.). **El**

⁴² En este sentido son muy relevantes las aportaciones realizadas por el profesor Ojeda Avilés (2010).

trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales). Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 35-54.

CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L-11/2013 y el RDL 11/2013. En: **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 10, p. 1-29, 2013. (Laley 7239/2013).

CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Compendio del derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2010.

DAGNINO, Emanuele. Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy. En: **Revista Internacional de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**. Módena (Italia), Ed. Adapt University Press, v. 3, núm. 3, 2015.

DEL REY GUANTER, Salvador; GALA DURÁN, Carolina. Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia. En: **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 1, p. 445-518, 2000.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo. Teletrabajo. En: La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. **RMTAS - Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, Madrid, 2001.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA. **La sociedad de la información en España 2013**. Barcelona: Ariel, 2014.

GIACCI, G. Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari. En: **Politica del Diritto**, Bologna (Italia), Ed. Mulino, núm. 4, 1991.

GONZÁLEZ, María. La cruzada de medio mundo contra Uber. Disponible en: <http://www.xataka.com/aplicaciones/la-cruzada-de-medio-mundo-contra-uber>>. Acceso en: 21 marzo 2015.

GOZZER, Stefania. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma. En: Diario El País, de 13 de junio de 2015. Disponible en: <www.elpais.com>. Acceso en: 6 nov. 2015.

LUJÁN ALCARAZ, José. Los transportistas en las fronteras del contrato. En: **RMTI - Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración**, núm. 83, 2009.

LUJÁN ALCARAZ, José. La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte. En: **Anales de Derecho**, núm. 16, 1998. p. 139 a 154.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Fronteras y “zonas grises” del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001). **RMTAS - Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, año 9, núm. 38, 2001.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA-MURCIA, Joaquín. **Derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús; ARUFE VARELA, Alberto. **Derecho crítico del trabajo: critical labor law**. Barcelona: Atelier, 2015.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979.

MORGADO PANADERO, Purificación. El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial). En: **Actualidad Laboral**, Lima (Perú), Ed. Revista Actividad Laboral, núm. 16, Tomo 2, 2004.

OIT - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad. **Las formas atípicas de empleo**: Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo. Ginebra: OIT, 2015.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. En: **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima (Perú), Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 60, 2007.

OJEDA AVILÉS, Antonio. La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo: estudios financieros. En: **Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos**, núm. 379, 2014.

OJEDA AVILÉS, Antonio. **La deconstrucción del derecho del trabajo**. Madrid; La Ley, 2010.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato. En: **Tribuna Social**, Núm. 207, 2008.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo en España (1873-1923)**. Madrid: Tecnos, 2002.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. La huida del derecho del trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 3, 2001.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral". En: CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán**. Madrid: Tecnos, 1999.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. Uber (Uberpop): ¿relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿economía colaborativa? notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II). En: El Blog de Eduardo Rojo. 31 agosto 2015. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html>. Acceso en: 25 out. 2015.

RUBIRA, Francisco. ¿Qué es Uber y para qué sirve? In: Diario El confidencial, 27 de octubre de 2014. Disponible en: <www.elconfidencialdigotal.com>. Acceso en: 4 nov. 2014.

RUEDA RODRÍGUEZ, Elena. La sharing economy. En: **Boletín Adapt Internacional**, Módena (Italia), Ed. Adapt University Press, núm. 9, 2015.

SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, C. Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo. En: MONEREO PÉREZ, José Luis. **Retos del derecho del trabajo frente al desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales**. Sevilla: Carl, 2014. p. 359-404.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfrido. La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis? En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Sevilla, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 40, 1996.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. **Consejo Económico y Social de Andalucía, Junta de Andalucía**, Sevilla, 2011.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del derecho del trabajo? En: MONEREO PÉREZ, José Luis. **Retos del derecho del trabajo frente al desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales**. Sevilla: Carl, 2014.

THE DIGITAL skills and jobs coalition. Commission European. Switchland. Disponible En: <<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/grand-coalition-digital-jobs-0>>. Acceso en: 21 dez. 2013.

VIGIL, Almudena. Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral. En: Diario Expansión, Madrid, 24 de junio de 2014. Disponible en: <www.expansion.com>. Acceso en: 31 jul. 2014.

Submissão em: 16 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 2 setembro 2018

A Independência do Juiz e o Devido Processo Legal

FIRLYNASCIMENTO FILHO¹

Resumo: O artigo procura descrever a organização do Poder Judiciário sob o ponto de vista histórico e estrutural. Com base no exame de normas internacionais indica os elementos que devem nortear a atividade do magistrado, inclusive sob o ponto de vista ético e as condições essenciais para o exercício da magistratura de forma independente como integrante do devido processo legal. Analisa a intervenção do Conselho Nacional de Justiça na organização da magistratura.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Juiz. Magistratura. Devido Processo. Conselho Nacional de Justiça. Independência do Juiz.

Abstract: The article attempts to describe the organization of the Judiciary from a historical and structural point of view. Based on the examination of international standards, it indicates the elements that should guide the activity of the magistrate, including from the ethical point of view and the essential conditions for the exercise of the judiciary independently as part of due process of law. It analyzes the intervention of the National Council of Justice in the organization of the judiciary.

¹ Juiz Federal no RJ. Doutor em Direito (PUC-RIO). Professor Adjunto da PUC-RIO

1 PODER JUDICIÁRIO. CARACTERÍSTICAS GERAIS

A organização do Poder Judiciário nacional sofreu modificações a partir da mudança do modelo de Estado estabelecido pelas diversas estruturas de poder que foram instituídas, de início, pelo poder colonizador e, com a Independência, tendo como padrão o texto constitucional de 1824, o que prosseguiu com a República, nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

O Estado português foi regido, sucessivamente, pelas ordenações. A primeira, denominada de Afonsina, em homenagem ao Rei Afonso V, concluída no seu reinado, quando ainda menor, em 1446. A segunda, a partir de 1521, foi intitulada de Manoelina, por força de ter sido instituída sob o reinado de D. Manoel, dito o Venturoso. Em 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, editadas sob o reinado de Filipe, de Espanha, e que seriam aplicadas, no Brasil, até 1917, quando entrou em vigor o Código Civil, também conhecido como Código Bevilacqua, em homenagem a Clóvis, o seu organizador.

O Estado colonial permitiu a descentralização do Poder Judiciário com a criação de Tribunais nacionais, sob controle do poder central. Assim, surgiram as relações, os desembargadores do paço, os juízes de primeira instância.

Resta evidente que, nessa época, havia um elitismo nas profissões jurídicas. Hespanha indica que uma Lei de 1539, em Portugal, ratificando uma prática bem anterior, instituiu a obrigatoriedade dos cursos universitários de Direito para o exercício das mais importantes profissões jurídicas, como a de juízes dos Tribunais (Desembargadores da Casa da Suplicação ou da Casa do Cível), sendo exigíveis, para estes, doze anos de estudo em Coimbra ou oito anos de estudo e quatro de atividades como juízes letrados (juiz de fora,

ouvidores, corregedores) ou, ainda, como advogados na Casa da Suplicação (HESPANHA, 1993, p. 414-415).

Por seu turno, para os procuradores perante a Casa da Suplicação, eram exigíveis oito anos de estudo. A Lei preservou, no entanto, a situação dos que já exerciam as referidas atividades, bem como chancelou estudos realizados em universidades estrangeiras.

Nesse período, houve rigor no acesso aos cargos letrados, mediante exames de alto nível de exigência, denominados de leituras (leituras de bacharéis) perante a Mesa do Desembargo do Paço (HESPANHA, 1993, p. 415), mas que poderiam sofrer exceção, com autorização real, o que ocorria, como indica Hespánha, com filhos de desembargadores, por indicação desses, tendo eles próprios cumprido o requisito dos estudos em Coimbra, exceções que se estendiam também a Professores das Faculdades de Leis e Cânones, os denominados Lentes e a ministros do Santo Ofício (HESPANHA, 1993, p. 417)².

A tendência verificada nesse período da história portuguesa foi a de incentivar os estudos jurídicos em período maior do que o comum (cinco anos), embora ainda não fosse o estabelecido no reino de Castela (dez anos). Do mesmo modo, houve a fixação do número de procuradores para as Casas da Suplicação e a Casa do Cível, a serem selecionados mediante exame. Posteriormente, o exame, como regra de acesso caiu em desuso (HESPANHA, 1993, p. 418).

É dessa época também o conflito entre os membros da Academia e os integrantes dos Tribunais. A formação era monopólio da Universidade, mas a seleção para carreira das letras e para a advocacia foi apropriada pelos tribunais (HESPANHA, 1993, p. 419).

Surge, nesse período, o fenômeno do excesso de bacharéis, que são considerados vagantes porque não exercem cargo algum, não são submetidos a exames, o que gerava tensões para o aumento do número de procuradores nas Casas da Suplicação e do Cível.

Por outro lado, inicia-se um procedimento de acolher os melhores bacharéis para a função de letrados, em detrimento da origem nobiliárquica, gerando outro ponto de conflito com a tradição dos mais antigos e não dos mais preparados (HESPANHA, 1993, p. 420).

Mais divergências surgem com a possibilidade de a advocacia de província poder ser realizada por não bacharéis, mas por pessoas aptas, assim as consideradas mediante

² Lentes eram professores catedráticos. No Brasil, corresponderiam aos atuais professores titulares das universidades federais e algumas estaduais, cargos que estão no ápice da carreira universitária.

exames realizados pela Mesa do Desembargo do Paço. Aduz Hespanha que tais profissionais eram sucessores dos vozeiros medievais, especializados nos processos do direito tradicional e hábeis nas técnicas de mediação (HESPANHA, 1993, p. 421)³.

No Brasil, no mesmo período, indica Garcia (1956, p. 77/78) que existiam juízes ordinários eleitos, anualmente, pelo povo e pelas Câmaras, normalmente em número de dois, por local, aplicando o direito costumeiro. Tais magistrados eram nomeados por triênio e presidiam as Câmaras das vilas e cidades para onde eram designados. Anota Leal (1975, p. 105) que tal prática tinha por fundamento o título 67, do Livro I das Ordenações Filipinas. Da eleição somente participavam os homens bons, não sendo o sufrágio universal. O controle do eleitorado era realizado através de cadernos, com a identificação e qualificação dos eleitores, não tendo acesso à votação os integrantes da classe dos peões (1975, p. 106)⁴. Esse era também o sistema em Portugal, consoante ensina Hespanha (1994, p. 196-197).

As ordenações indicavam duas fases na eleição. A primeira, com eleitores de primeiro grau indicando, em segredo, ao juiz, os nomes de seis pessoas capazes de atuar como eleitores de segundo grau. Os seis mais votados eram separados em três grupos de dois. Cada grupo, separadamente, indicava uma lista com seis nomes para juízes, nove para vereadores, três para escrivães, etc. As relações eram entregues ao juiz mais antigo que realizava juramento público de manter segredo quanto ao resultado da votação e lavrava a pauta com os escolhidos, que seriam os mais votados (LEAL, 1975, p. 106-107).

Os juízes deveriam ser confirmados pelos Corregedores das Comarcas ou pelos Desembargadores do Paço, através de cartas de usança (ou confirmação) (LEAL, 1975, p. 108).

Os magistrados portavam uma vara, como insígnia da jurisdição. Vara branca para os letrados, vermelha para os leigos (GARCIA, 1956, p. 78)⁵.

³ Por coincidência, embora por razões declaradamente diversas, o Código de Processo Civil de 2015 incentiva a mediação como forma alternativa de composição de conflitos (art. 3.º, § 3.º). E, concomitantemente, surge no sistema pátrio a Lei da Mediação (Lei n.º 13.140, de 2015). Não há requisitos formais para o mediador extrajudicial. Para o judicial apenas existe a exigência de ter cursado dois anos de qualquer curso de graduação e estar certificado por curso segundo as regras da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na esteira do art. 11 da Lei de Mediação.

⁴ Na classe dos peões eram incluídos os mecânicos, operários, degredados, judeus e outros.

⁵ O autor também refere os Juízes de Vintena ou Pedaneos, responsáveis por pequenas causas e que presidiam processos orais. Suas causas eram relacionadas às multas (coimas) por invasão de terras e outros pequenos eventos. Existiam, ainda, os Juízes de Órfãos, designados pelo Rei, ou pelas Câmaras ou por algum Senhor de terras.

Os Reis, para enfraquecer tal espécie de magistratura, passaram a designar juízes de fora, estes, letrados e cultos no Direito Romano. Eram autênticos delegados da Coroa e sua presença excluía os juízes ordinários (LEAL, 1975, p. 108).

Além disso, o Rei também lançava mão, com freqüência, da intervenção dos corregedores que, ao lado dos provedores e dos juízes de fora compunham um sistema de controle e de filtragem dos poderes locais (HESPANHA, 1994, p. 198-199). Apesar disso, o número diminuto de juízes de fora é indicado como um fator que enfraquece sua importância nesse modelo de controle dos poderes locais.

O Corregedor exerce uma função estipulada em carta régia de delegação, tendo origem no século XIV. Constituem um corpo de magistrados ordinários nomeados pelo Rei para exercer por três anos essa função (HESPANHA, 1994, p. 200-201).

As atribuições dos corregedores são imensas. Poderiam inquirir os juízes locais, mas não os de fora. Deveriam defender a jurisdição real e a ordem pública. Inspeccionariam prisões. Conheceriam de ações novas ou avocariam processos antigos caso ficasse caracterizada a coação das partes. Deveriam julgar dos agravos das decisões interlocutórias. E ainda cabia aos corregedores fiscalizar as eleições dos conselhos, dos juízes e dos oficiais, bem como sua autoridade financeira e propor a alteração de posturas (HESPANHA, 1994, p. 200-201).

A par disso, possuíam os corregedores poderes de polícia em relação às profissões médicas e de obras públicas, promovendo o plantio de árvores, inspeccionando castelos e reprimindo o contrabando de ouro e prata (HESPANHA, 1994, p. 200-201).

A atuação dos corregedores era realizada com vínculo direto ao Desembargo do Paço, sendo conhecidos como “primeiros magistrados das comarcas” (HESPANHA, 1994, p. 201).

O primeiro tribunal a ser criado, no Brasil, foi o da Relação, da Bahia, em 1587, composto de um chanceler, de desembargadores do agravo, ouvidor geral, juiz dos feitos, provedor dos órfãos e resíduos (aqui relacionados às obras pias), provedor dos feitos, promotor da justiça e desembargadores extravagantes. Apesar de previsto, por falta de integrantes para tomar posse, a instalação da Relação não se tornou efetiva, vindo a ser recriada em 1609, e extinta em 1626, por força da invasão holandesa na Bahia (GARCIA, 1956, p. 83-84).

O pouco sucesso desse Tribunal deve-se, segundo Garcia (1956, p. 84-85), aos acordos realizados entre os litigantes, normalmente parentes entre si, bem como ao interesse de

outras capitanias de desembargar perante a Corte, pelo pagamento em gêneros e não em dinheiro e com a possibilidade de representação.

A Relação da Bahia irá ressurgir em 1652. Somente em 1751 é que surge a Relação do Rio de Janeiro. A partir desse momento, a jurisdição é dividida entre os dois Tribunais. Cabe à Relação da Bahia as capitanias da Bahia, Sergipe, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e Rio Negro. À Relação do Rio de Janeiro couberam os territórios do Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiás, Paranaguá, Espírito Santo, Goitacases, ilha de Santa Catarina.

Indica Garcia (1956, p. 87) que as leis da metrópole tenderam a garantir a independência do Poder Judiciário. No entanto, a partir do governo do Marquês de Pombal, os magistrados passaram a ficar sujeitos ao poder dos governadores.

Destaque-se que não se pode esquecer ainda vigorar a escravidão nesse período e a justiça atuava segundo critérios étnicos, como salienta Viana (1956, p. 230), aduzindo que, nos tribunais dirigidos pelo governador este teria voto decisivo nos processos criminais envolvendo mulatos, negros e índios.

É a partir da Constituição do Império, que o Brasil estrutura seus Tribunais, sem a intervenção formal do colonizador. Formal porque o art. 163 da Constituição de 1824 cria o Supremo Tribunal de Justiça, mas Lei de 18 de setembro de 1828 determinou que sua composição, com dezessete membros, seria formada por magistrados oriundos das Relações, escolhidos por antiguidade. Tal Tribunal veio a substituir a Casa da Suplicação do Brasil (REIS, 1968, p. 10).

Vários dos magistrados nomeados já exerciam a atividade na extinta Casa da Suplicação e, dentre eles, cinco haviam nascido em Portugal e um, curiosamente, nascido em Luanda, capital de Angola, então colônia portuguesa; daí afirmar-se que um africano já havia ocupado o cargo de juiz na Suprema Corte. O mesmo fenômeno ocorreu na passagem do Império para a República, com o aproveitamento de vários juízes ocupantes de cargos no Supremo Tribunal de Justiça, para o recém-criado Supremo Tribunal Federal (REIS, 1968, p. 10).

Com o advento da primeira Constituição republicana, cria-se o Supremo Tribunal Federal, com a presença de quinze juízes, número menor, pois, que o do Supremo Tribunal imperial. No entanto, foram aproveitados dez juízes do Tribunal anterior, sendo cinco

novos juízes indicados pelo novel Presidente. O número de juízes iria ser diminuído para onze em 1931, ocorrendo a aposentadoria compulsória de seis (REIS, 1968, p. 14-15).

A partir da República é que o Poder Judiciário toma os contornos que se aproximam dos atuais. Criam-se as Justiças da União (ou federal) e dos Estados. E, durante o Governo de Getúlio Vargas, a Justiça do Trabalho, nascida com organização que busca privilegiar a participação popular, através dos sindicatos, com a indicação dos vogais. A Justiça do Trabalho foi criada pela Constituição de 1934, mas só foi instalada em primeiro de maio de 1941.

Originariamente, a Justiça do Trabalho esteve vinculada ao Ministério do Trabalho, órgão do Poder Executivo. O Decreto-Lei n.º 9.797, de 9 de setembro de 1946, e a Constituição promulgada em 18 de setembro do mesmo ano, determinaram sua transferência para o Poder Judiciário.

Assim, de 1941 a 1946, funcionou como justiça administrativa e sua estrutura comportava Conselhos Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento. Estas últimas eram presididas por um juiz de direito ou bacharel nomeado pelo presidente da República e compostas por vogais indicados por sindicatos, representantes dos interesses dos empregados e empregadores, todos com mandato de dois anos.

Foi somente a partir de 1946 que a Justiça do Trabalho passou a ter como órgãos o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho (sucendendo aos antigos Conselhos Regionais) e as Juntas de Conciliação e Julgamento.

Coube, por outro turno, ao mesmo Governo getulista, a extinção da Justiça Federal, ocorrida em 1937 e somente retomada pelo Governo Militar, instaurado em 1964, através do Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965, sendo os seus membros iniciais nomeados, livremente, pelo Presidente da República, dentre cinco cidadãos indicados pelo STF.

O Ato Institucional n.º 2 modificou o art. 94, da Constituição de 1946, passando a prever juízes federais de primeiro grau. Assim restou grafado:

Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I - Supremo Tribunal Federal;
- II - Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais;
- III - Tribunais e Juízes Militares;
- IV - Tribunais e Juízes Eleitorais;
- V - Tribunais e Juízes do Trabalho.

Em *consideranda*, que justificavam a edição do ato, afirmavam os próceres do Governo militar que a Revolução continuaria com seu processo de pacificação e de rejeição aos movimentos de esquerda, mencionando a atuação crescente de “agitadores”.

O mesmo diploma legislativo implantou a eleição indireta para Presidente da República e extinguiu os partidos políticos, bem como majorou o número de ministros do STF. Também estabeleceu a suspensão das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes. A partir desse ato, os juízes poderiam ser demitidos, removidos, postos em disponibilidade ou aposentados, se demonstrassem incompatibilidade com os objetivos da Revolução (art. 14, parágrafo único).

A competência da Justiça Federal foi definida em razão da pessoa – União ou entidade autárquica; em razão da matéria – Direito Marítimo, de navegação aérea, direito de greve e os crimes contra a organização do trabalho; ou da natureza da causa – os Mandados de Segurança e *Habeas Corpus* contra autoridades federais.

A Justiça Militar alternou, no curso desse movimento, aumento e diminuição de sua competência, sendo o período de maior alargamento aquele em que vigoraram os atos institucionais e a Lei de Segurança Nacional. Hoje, restringe-se ao julgamento de crimes militares e é o ramo do Judiciário menos congestionado, por força mesmo dessa competência.⁶

No processo de redemocratização do Brasil surgiu o projeto de reforma do Poder Judiciário, de autoria do Deputado Hélio Bicudo (PT-SP), apresentado em 1992 (PEC 96-C), buscando maior democratização na estrutura do Poder Judiciário. Suas propostas também buscavam resoluções para problemas concretos como o da duração do processo, o efeito vinculante das decisões do STF, alterações no Conselho Nacional de Justiça; criação de órgãos de conciliação, de arbitragem, gratuitos, para julgamento de conflitos individuais trabalhistas (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 336-337).

Como regra geral, aplica-se, no Brasil, como forma de seleção dos magistrados de carreira, o concurso público de provas e títulos. Constituem exceção a tal regra, a nomeação para a Suprema Corte e para os ingressos pelo quinto (tribunais ordinários) e terço constitucional (Superior Tribunal de Justiça - STJ), das classes dos advogados e do Ministério

⁶ Essa realidade não teve expressiva modificação mesmo após a Lei n.º 13.491, de 2017, que ampliou a competência da Justiça Militar.

Público. Na mesma linha, a indicação provisória nos Tribunais Eleitorais. O Superior Tribunal Militar possui ordenamento próprio, pois a maior parte dos magistrados advém da carreira militar. No primeiro grau de Jurisdição, há concurso para o cargo de Juiz togado, denominado auditor militar.

O Conselho Nacional de Justiça buscou uniformizar as regras de ingresso na magistratura através da Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009. O edital do concurso passou a preservar um percentual de vagas para pessoas portadoras de necessidades especiais (deficientes físicos). Há discussão sobre se pessoa cega pode exercer a magistratura. Em 2009, assumiu, pelo quinto constitucional, cargo na magistratura do trabalho, o primeiro juiz cego, egresso do Ministério Público do Trabalho, aonde exercia suas funções desde 1991. O magistrado Ricardo Tadeu Marques da Fonseca foi nomeado pelo Presidente da República para exercer o cargo de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região (PR). Para demonstrar o seu apoio, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva compareceu à cerimônia de posse, ato raro, vez que se tratava de posse em Tribunal ordinário quando o comum é que o Presidente somente compareça a posses nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros, escolhidos dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, portadores de notável saber jurídico e de reputação ilibada.⁷

A nomeação é livremente efetuada pelo Presidente da República que a submete ao Senado Federal. Atualmente, não há conhecimento de recusas por parte daquele órgão legislativo, embora os pretendentes ao cargo vitalício sejam comumente sabatinados com rigor. As exceções ficam por conta da composição do Supremo quando este tinha somente quatro anos de existência. No início da República. De fato, em 1894, o então Presidente Floriano Peixoto teve cinco indicações suas, para composição do Supremo Tribunal Federal, que foram recusadas pelo Senado Federal. O caso mais emblemático é do médico Cândido Barata Ribeiro. Além de não ter formação jurídica, tinha histórico de ações

⁷ A necessidade de ser brasileiro nato e não naturalizado consta do art. 12, parágrafo terceiro, do texto constitucional.

truculentas na qualidade de político. Outro destaque é que ele, imediatamente após indicado, assumiu a vaga no Supremo, sendo depois retirado porque o Senado não aprovou o seu nome. Trata-se do único caso de um indicado assumir as funções e, somente após, ser sabatinado pelo Senado. A assunção do cargo antes do momento próprio ficou por conta das atitudes fortes do Marechal Floriano Peixoto, cujas atitudes e declarações eram tão fortes que lhe implantaram a alcunha de Marechal de Ferro.

Dois outros foram recusados pelo Senado sob a alegação de que não haviam estudado o Curso de Direito. Eram o General Ewerton Quadros e o então Diretor dos Correios, Demóstenes Lobo.

Os outros recusados, que tinham formação jurídica, foram o General Galvão de Queiroz e o então Procurador da República Antônio Seve Navarro.

Saindo dos fatos históricos mais antigos, diz-se que a corrente de constituintes que defendia a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional perdeu sua luta nesse sentido, embora tenha havido a transferência de algumas de suas competências anteriores em favor do Superior Tribunal de Justiça criado pela Constituição Federal. Com a revisão constitucional, o debate retomou a cena, motivando acesas discussões e trabalhos relevantes, como o do Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Velloso (CORRÊA, 1993, p. 1-28, *passim*).

Assim, o art. 102 indica o amplo espectro de atuação de nossa Suprema Corte. A reforma empreendida pela Emenda Constitucional n.º 45 retirou da esfera de competência do STF a homologação para cumprimento de sentença estrangeira, além de permitir a regulamentação da Súmula Vinculante, bem como da Repercussão Geral, como critério limitador do Recurso Extraordinário. Por outro turno, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, nasceram as competências de controle em relação a esses órgãos, o que tem ampliado a sua atuação, através de inúmeras ações de impugnação, principalmente Mandados de Segurança.

Verifica-se, com clareza que, apesar da criação de outro Tribunal Federal Superior, a Suprema Corte brasileira permaneceu com extenso rol de competências, fato esse que explica a ausência da necessária presteza e celeridade no julgamento das causas a ele afetas.

Além disso, no que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade, houve ampliação das pessoas com legitimidade ativa *ad causam*, consoante a regra insculpida no artigo 103 da Carta Federal.

Sobre a questão, o Ministro Luiz Octavio Gallotti, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, informou que desde a Constituição de 1988 até o dia 7-8-1991, ingressaram naquela Corte 560 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo 193 propostas por Governadores de Estado, 135 por Confederações ou entidades de classe, 128 pelo Procurador-Geral da República, 75 por partidos políticos, 16 pelo Conselho Federal da OAB, sete por Mesas de Assembleias e cinco por pessoas não qualificadas (GALOTTI, 1991, p. 1-8, *passim*).

É evidente, e o próprio articulista ressalta tal fato, que inúmeras dessas ações tiveram por escopo atingir normas constantes nas Constituições Estaduais editadas em 1989 (GALOTTI, 1991, p. 1-8, *passim*).

Também se têm multiplicado as ações que buscam o reconhecimento de violação a preceitos fundamentais (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF). Uma das mais polêmicas foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (ADPF n.º 54-8), tendo sido deferida medida liminar e, posteriormente, cassada pelo pleno do STF, por maioria, nos seguintes termos:

[...] E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

O julgamento da liminar ocorreu em 20-10-2004, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio. O julgamento quanto ao mérito findou aos 12-4-2012, com a procedência do pedido, de acordo com o voto do Relator.

A pauta de julgamentos criminais também tem sido bastante ampliada pelo STF diante da sua postura liberal, para alguns de forma excessiva, avaliando várias situações como se fossem crimes de bagatela. A discordância de tal posição com as Instâncias de Primeiro e Segundo Graus da Justiça e, até mesmo, com decisões do Superior Tribunal de Justiça, tem assoberbado a Corte Excelsa. Do mesmo modo, as ações de competência originária e o Recurso Extraordinário compõem um quadro de imenso e inesgotável trabalho para esse mais importante órgão de atuação do Poder Judiciário.

A par disso, também são inesgotáveis os recursos e os sucedâneos recursais permitidos pelo sistema positivo brasileiro, extremamente permissivo, admitindo, inclusive, a repetição de um mesmo recurso e criando situações surrealistas, como, por exemplo, o seguinte caso

concreto, retirado da jurisprudência do STF: “AI 375960 Agr-ED-ED/RJ - Emb. Decl. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento, Relatora: Min. Ellen Gracie, Julgamento: 20-10-2009, Segunda Turma.”. Tal precedente, infelizmente, não é solitário, encontrando-se na jurisprudência de todos os Tribunais, milhares de situações como essas.

Aqui vão breves parênteses, para que seja mais bem compreendida a hipótese indicada. O sistema é bastante amplo no que concerne à possibilidade de impugnações às decisões judiciais. Para isso, no campo civil, prevê uma série de recursos, previstos no art. art. 994, do Código de Processo Civil de 2015. São eles:

- I - apelação;
- II - agravo de instrumento;
- III - agravo interno;
- IV - embargos de declaração;
- V - recurso ordinário;
- VI - recurso especial;
- VII - recurso extraordinário;
- VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
- IX - embargos de divergência.

Em regra, o recurso somente pode ser utilizado uma única vez para impugnar a decisão judicial. No caso referido, o que se verifica é uma repetição de recursos (embargos de declaração e agravos), que se sucedem, sem que o Tribunal tenha praticado qualquer ato de repúdio a tal situação.

Ressalve-se que a legislação extravagante pode, ainda, prever espécies recursais aplicáveis às situações nela versadas ou, ainda, restringir o cabimento de alguns recursos. A título de exemplo, a legislação que regula as chamadas pequenas causas, tanto no âmbito estadual (Lei n.º 9.099, de 1995), como no âmbito federal (Lei n.º 10.259, de 2001) há regulações diversas quanto ao tema dos recursos. Na legislação aplicável às Justiças estaduais, os Embargos de Declaração têm prazo diverso, bem como efeitos diversos (arts. 48/50), bem como cabe Recurso inominado contra a Sentença proferida, dirigida a Turma Recursal, órgão que não é Tribunal, pertencente ao mesmo grau de Jurisdição dos Juizados Especiais, mas constitui Instância Revisora. Na esfera federal, cabe recurso contra decisão que analisa medida liminar. Por outro lado, a legislação federal criou um complexo sistema de uniformização de jurisprudência, com turmas regionais e uma turma nacional (Lei 10.259, de 2001, art. 14).

Além disso, no precedente invocado como exemplo do abuso das partes na utilização das impugnações aos atos judiciais, também se interpõe Agravo Regimental, que não é um

recurso, tecnicamente falando, mas um sucedâneo recursal, ao lado da suspensão de liminar ou de segurança (Lei 12.016/2009),⁸ da Reclamação, do Mandado de Segurança, etc.

2.2 O Superior Tribunal de Justiça

A Constituição Federal de 1988 instituiu, como Tribunal responsável pela interpretação da lei federal, com intuito uniformizador, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) composto de, no mínimo, 33 membros, originários dos Tribunais estaduais, federais e das classes dos advogados e do Ministério Público.

Sucedeu ao extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) sendo composto, originariamente, por juízes egressos daquele Tribunal, consoante autorização inserta no art. 27, do ADCT, da Constituição Federal de 1988, assim redigido:

Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1.º Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

§ 2.º A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:

I - pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

II - pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

O Tribunal tem uma extensa competência. No campo das garantias individuais, é competente para as ameaças de prisão ou prisão ilegítimas praticados por autoridades sujeitas ao seu controle (CF, art. 105, I, c). O *habeas corpus* é instituto extremamente utilizado, já tendo sofrido julgamento ou estando pendentes de milhares de ações dessa natureza.

No âmbito cível, é de sua competência originária o julgamento de Mandados de Segurança e *Habeas Data* contra atos praticados por Ministros de Estado (CF, art. 105, I, b). Aqui foram identificados também julgamento na casa dos milhares.

Sua atuação em conflitos de competência também tem sido bastante expressiva (CF, art. 105, I, d).

⁸ Tal norma, reguladora do Mandado de Segurança incorporou a suspensão da segurança e estabeleceu os recursos cabíveis, excluindo os embargos infringentes. Posteriormente os embargos infringentes foram extintos pelo Código de Processo Civil de 2015 como modalidade de recurso. O Código, no entanto, criou uma técnica especial de decisão determinando o julgamento *ex officio* do Recurso de Apelação e da Ação Rescisória julgados por maioria de votos.

Além disso, cabe ao Tribunal julgar revisões criminais e ações rescisórias dos seus próprios julgados (CF, art. 105, I, e). A Reclamação Constitucional tem sido bastante utilizada pelas partes (CF, art. 105, I, f). Mais de mil ações dessa natureza foram julgadas.

Já os conflitos de atribuição (art. 105, I, g) e os Mandados de Injunção (art. 105, I, h) são raramente utilizados no âmbito do Tribunal.

A novel competência relacionada à homologação de Sentença estrangeira e autorização de *exequatur* (art. 105, I, i) têm gerado muitos julgamentos. Foram identificados também milhares de julgamentos.

O Tribunal também é órgão revisor e, por força dessa característica, é competente para julgamento de variegada gama de recursos (art. 105, II e III). Nessa trilha, são julgados,

em recurso ordinário:

- a) os 'habeas-corpus' decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

E, em recurso especial:

as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Os recursos especiais já ultrapassaram a casa do milhão.

O Superior Tribunal de Justiça, com essa ampla competência, é o desaguadouro natural das inconformidades com decisões originárias dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Sua organização interna é composta de três Seções e seis Turmas, divididas, segundo seu Regimento Interno, por especializações (Direito Público, Direito Privado, Direito Penal e legislação extravagante).

Também possui uma Corte Especial que funciona como Tribunal Pleno, em questões jurisdicionais. O Pleno somente atua na eleição dos seus dirigentes (arts. 3.º e 10, do Regimento Interno do STJ).

2.3 O Tribunal Superior do Trabalho

A Justiça do Trabalho está estruturada em três graus de jurisdição. No ápice está o Tribunal Superior do Trabalho.

As Varas do Trabalho compõem a Primeira Instância, sucedendo as vetustas Juntas de Conciliação de Julgamento, que eram órgãos colegiados com a presença de representantes dos empregadores e dos empregados. A modificação surgiu com a Emenda Constitucional n.º 24/99.

Os órgãos de primeiro grau julgam apenas dissídios individuais, que são controvérsias surgidas nas relações de trabalho entre o empregador (pessoa física ou jurídica) e o empregado (este sempre como indivíduo, pessoa física).

A ação trabalhista tem a forma de reclamação trabalhista. A Vara tem competência local, abrangendo geralmente um ou alguns municípios. Sua competência é determinada pela localidade aonde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado em outro local ou no exterior. A Vara compõe-se de um Juiz do Trabalho titular e um Juiz do Trabalho Substituto. Em Comarcas onde não exista Vara do Trabalho, a lei pode atribuir a competência trabalhista ao Juiz de Direito.

Existiam, até o ano de 2009, 1.327 Varas do Trabalho no país. A Lei n.º 10.770, de 2003, criou mais 269 Varas do Trabalho nas diversas regiões da Justiça do Trabalho. Em 2009, novas vagas surgiram. Assim, a Lei n.º 12.001, de 29 de julho de 2009, majorou os cargos vinculados ao Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, com sede em Campinas, Estado de São Paulo, com sua composição aumentada para 55 (cinquenta e cinco) Juízes. Também no Tribunal Regional do Trabalho da 7.ª Região foram criados 6 (seis) cargos de Juiz do Trabalho de 2.º grau no Tribunal Regional do Trabalho da 7.ª Região (Lei n.º 11.999, de 29 de julho de 2009).

Segundo o último relatório do Conselho Nacional de Justiça, o número total de Varas Trabalhistas em 2016 monta a 1.572 (BRASIL, 2017).

A Segunda Instância é composta por Tribunais Regionais do Trabalho que julgam Recursos Ordinários contra decisões de Varas do Trabalho, ações originárias (dissídios coleti-

vos de categorias de sua área de jurisdição – sindicatos patronais ou de trabalhadores organizados em nível regional), ações rescisórias de decisões suas ou das Varas e os Mandados de Segurança contra atos de seus Juízes.

A Justiça do Trabalho conta com 24 TRT's compostos, segundo o art. 670 da CLT: a) 1.^a Região (Rio de Janeiro) 54 juízes; b) 2.^a Região (São Paulo) 64 juízes; c) 3.^a Região (Minas Gerais) 36 juízes; d) 4.^a Região (Rio Grande do Sul) 36 juízes; e) 5.^a Região (Bahia) 29 juízes; f) 6.^a Região (Pernambuco) 18 juízes; g) 7.^a Região (Ceará) 8 juízes; h) 8.^a Região (Pará) 23 juízes; i) 9.^a Região (Paraná) 28 juízes; j) 10.^a Região (Distrito Federal) 17 juízes; k) 11.^a Região (Amazonas) 8 juízes; l) 12.^a Região (Santa Catarina) 18 juízes; m) 13.^a Região (Paraíba) 8 juízes; n) 14.^a Região (Rondônia) 8 juízes; o) 15.^a Região (Campinas/SP), 36 juízes; p) 16.^a Região (Maranhão) 8 juízes; q) 17.^a Região (Espírito Santo) 8 juízes; r) 18.^a Região (Goiás) 8 juízes; s) 19.^a Região (Alagoas) 8 juízes; t) 20.^a Região (Sergipe) 8 juízes; u) 21.^a Região (Rio Grande do Norte) 8 juízes; v) 22.^a Região (Piauí) 8 juízes; x) 23.^a Região (Mato Grosso) 8 juízes; y) 24.^a Região (Mato Grosso do Sul) 8 juízes.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) é considerado integrando instância extraordinária, com sede em Brasília-DF e jurisdição em todo o território nacional, tem por principal função uniformizar a jurisprudência trabalhista. De acordo com o artigo 111-A da Constituição Federal,

O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

É órgão que também julga Recursos de Revista, Recursos Ordinários e Agravos de Instrumento contra decisões de TRT's e dissídios coletivos de categorias organizadas em nível nacional, além de Mandados de Segurança, Embargos opostos a suas decisões e Ações Rescisórias.

2.4 O Superior Tribunal Militar

O Superior Tribunal Militar (STM), e por extensão, a Justiça Militar da União, foi criado em 1.º de abril de 1808, pelo Príncipe-Regente D. João VI, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. Com o advento da República, passou a se chamar Supremo Tribunal Militar. E, mais tarde, a Constituição de 1946 consagrou o nome atual: Superior Tribunal Militar (BRASIL, 2009).

Em 18 de julho de 1893, a Presidência do STM passou a ser exercida por membros da própria Corte, eleitos por seus pares. Com o advento da República, foram mantidos todos os componentes do antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, despojados dos seus títulos nobiliárquicos e denominados, genericamente, Ministros.

O STM é composto, atualmente, de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal. São três Ministros escolhidos dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército, três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica e cinco Ministros civis (art. 123 da Constituição Federal).

A Justiça Militar da União é Justiça especializada na aplicação da lei a uma categoria especial, a dos militares federais – Marinha, Exército e Aeronáutica – julgando apenas e tão-somente os crimes militares definidos em lei.

Atualmente sua regulamentação encontra-se nos arts. 122 a 124 da Constituição Federal, bem como na Lei de Organização Judiciária Militar (Lei n.º 8.457, de 4-9-1992).

2.5 O Tribunal Superior Eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi criado pelo Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 – com o nome de Tribunal Superior de Justiça Eleitoral – e instalado em 20 de maio do mesmo ano, em um prédio na Avenida Rio Branco, centro do Rio de Janeiro.

Cinco anos depois, a Constituição do Estado-Novo, outorgada por Getúlio Vargas, extinguiu a Justiça Eleitoral e atribuiu à União, privativamente, a competência para legislar sobre matéria eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral foi restabelecido em 28 de maio de 1945, pelo Decreto-Lei n.º 7.586. No dia 1.º de junho do mesmo ano, o TSE foi instalado no Palácio Monroe, no Rio de Janeiro, sob a Presidência do Ministro José Linhares.

Em 1946, a sede do Tribunal foi transferida para a Rua Primeiro de Março, ainda no Rio de Janeiro.

A Justiça Eleitoral é formada pelo Tribunal Superior Eleitoral; por um Tribunal Regional em cada Estado-membro, e um no Distrito Federal (com competência também sobre eventuais Territórios); pelos Juízes e pelas Juntas Eleitorais. Esses órgãos têm sua composição e competência estabelecidas pelo Código Eleitoral.

O TSE está sediado na capital da República e os TRE's nas capitais dos Estados-membros, e no Distrito Federal. Composto por sete Ministros, o TSE já funcionou em quatro sedes, além da atual. Em sua primeira fase (1932-1937), funcionou na Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro. O Palácio Monroe (hoje demolido) foi sua primeira sede na chamada segunda fase da Justiça Eleitoral (1945-1946), até que o órgão foi transferido para a Rua Primeiro de Março, também no Rio de Janeiro.

Em 22 de abril de 1960, o TSE instalou-se na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, aonde funcionou até 1971, quando passou a ocupar sede própria na mesma cidade, na Praça dos Tribunais Superiores, onde permanece até hoje.

Conforme determina o art. 119 da Constituição Federal de 1988, a Corte do Tribunal Superior Eleitoral é composta de sete Magistrados, escolhidos da seguinte maneira: três Ministros são eleitos entre os membros do Supremo Tribunal Federal (STF); dois Ministros são eleitos entre os membros do Superior Tribunal de Justiça (STJ); dois Ministros são nomeados pelo Presidente da República, escolhidos entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral. O Supremo Tribunal Federal indica ao Presidente os nomes dos advogados, cabendo ao Presidente fazer a nomeação.

O TSE elege seu Presidente e Vice-Presidente entre os Ministros do STF; e o Corregedor Eleitoral, entre os Ministros do STJ (CF/88, art. 119, parágrafo único).

Para cada Ministro efetivo, é eleito um substituto, escolhido pelo mesmo processo (CF/88, art. 121, § 2.º, *in fine*).

Cada Ministro é eleito para um biênio, sendo proibida a recondução após dois biênios consecutivos (CF/88, art. 121, 1.ª parte).

A rotatividade dos juízes no âmbito da Justiça Eleitoral visa a manter o caráter apolítico dos Tribunais eleitorais, de modo a garantir a isonomia nos processos eleitorais. Atua perante a Corte, ainda, o Procurador-Geral Eleitoral.

2.6 A Justiça Federal

A Constituição Republicana de 1891 criou o Supremo Tribunal Federal e também Juízes Federais e Tribunais Regionais. Como afirma Oliveira (1996), a Justiça Federal era composta pelo Supremo Tribunal Federal, Juízes Seccionais, Substitutos e Suplentes, e Tribunais do Júri Federal.

Nessa primeira fase da Justiça Federal no Brasil, sua organização era composta de 21 seções judiciárias, correspondentes então aos vinte Estados-membros e o Distrito Federal, tendo como sede sempre a capital de cada Estado-membro. Somente existiam dois juízes: um Juiz de Seção e outro, Substituto. Este último era temporário, exercendo mandato de seis anos. O requisito para ingresso era possuir experiência anterior, como advogado ou magistrado, durante quatro anos, sem limite de idade (OLIVEIRA, 1996).

A Lei n.º 221, de 1894, criou a figura do Juiz Suplente do Substituto do Juiz Seccional, em número de três, por indicação do Juiz Seccional para mandato de quatro anos. Reduziu-se, também, o tempo de prática forense para o exercício do cargo de Juiz Seccional para dois anos (OLIVEIRA, 1996).

O Decreto n. 3.084, de 5-11-1898, regulamentador da Lei n.º 221, de 1894, não faz qualquer menção aos Tribunais Federais previstos na Constituição de 1891, inexistindo prova de que eles tenham sido efetivamente criados, pelo menos até 1946. Coube ao STF, nesse período, a função de órgão revisor da Justiça Federal.

A nomeação dos Juízes Federais, em 1891, era do Presidente da República, por indicação da Corte Suprema. A redação era:

Art. 80. Os Juízes federais serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados.

Parágrafo único. A nomeação será feita pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto pela Corte Suprema.

A Constituição de 1934 manteve a Justiça Federal (arts. 78/81) com competências que foram reprisadas, quase na totalidade, na atual Constituição de 1988. Não mais lhe reservou competência para os crimes políticos ou, ainda, crimes contra a ordem social.

A Constituição de 1937 não previu a Justiça Federal, cometendo à Justiça dos Estados a competência para o julgamento das causas de interesse da União. Estava assim redigida a Constituição de 1937:

Art. 109. Das sentenças proferidas pelos Juízes de primeira instância nas causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente, haverá recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A lei regulará a competência e os recursos nas ações para a cobrança da Dívida Ativa da União podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal.

De outro lado, delegou ao Chefe do Executivo a normatização decorrente da extinção da Justiça Federal, com a seguinte redação (Constituição de 1937):

Art. 185. O julgamento das causas em curso na extinta Justiça Federal e no atual Supremo Tribunal Federal será regulado por decreto especial que prescreverá, do modo mais conveniente ao rápido andamento dos processos, o regime transitório entre a antiga e a nova organização judiciária estabelecida nesta Constituição.

Com a Constituição Federal de 1946, foi instalado na cidade do Rio de Janeiro o Tribunal Federal de Recursos, passando a nova Corte de Justiça a exercer a função de órgão de revisão da Justiça com competência federal de primeiro grau. Nessa época, as causas de interesse da União eram julgadas pelos Juízes Estaduais, visto que os Juízes Federais haviam sido colocados em disponibilidade ou aposentados após o ano de 1937. A redação da Constituição de 1946 era assim:

Art. 201. As causas em que a União, for autora serão aforadas na capital do estado ou território em que tiver domicílio a outra parte. As intentadas contra a União poderão ser aforadas na capital do estado ou território em que for domiciliado o autor; na capital do estado em que se verificou o ato ou fato originador da demanda ou esteja situada a coisa; ou ainda no Distrito Federal.

§ 1.º As causas propostas perante outros Juízes, se a União, nelas intervier como assistente ou oponente, passarão a ser da competência de um dos Juízes da Capital.

§ 2.º A lei poderá permitir que a ação seja proposta noutro foro, cometendo ao Ministério Público Estadual a representação judicial da União.

Em outubro de 1965, foi restaurada a Justiça Federal de 1.ª Instância, estabelecendo-se que ficaria a cargo do Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais.

Em 1966, tem-se a edição da Lei n.º 5.010, que trata exclusivamente da Justiça Federal, e define cada Estado-membro, Território e o Distrito Federal como sendo uma Seção Judiciária, seguindo-se a tradição.

É também da mesma data e regulada pelo referido estatuto normativo, o surgimento do Conselho da Justiça Federal, integrado pelo Presidente, Vice-Presidente e mais três Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

É na referida lei que constava a delegação de competência à Justiça Estadual para o julgamento dos executivos fiscais, das vistorias, justificações, e das matérias de natureza previdenciária, quando nas Comarcas do interior não funcionasse Vara Federal nos termos da previsão do art. 109 da Constituição Federal.

A delegação federal quanto às execuções fiscais foi revogada pelo inciso IX do art. 114 da Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014.

Já constava na Lei de 1966 a autorização para que fossem instaladas Varas Federais no interior, mas nenhum ato foi editado sobre o tema sob a égide da Constituição de 1946 ou na de 1967.

Foram criados cargos de Juiz Federal Substituto, com acesso mediante concurso público, por bacharéis em Direito com idade entre 28 e 50 anos, e com quatro anos de prática forense.

No que concerne aos Juízes Federais, a sua nomeação decorria da escolha dentre candidatos indicados, em lista quántupla, pelo Supremo Tribunal Federal, dela constando três nomes de Juiz Federal Substituto escolhidos pelo Tribunal Federal de Recursos, e dois, dentre bacharéis em Direito com, no mínimo, oito anos de exercício da advocacia, Ministério Público, magistratura ou magistério superior (OLIVEIRA, 1996).

O Tribunal Federal de Recursos foi extinto a partir da Constituição de 1988, passando a estrutura da Justiça Federal a contar com cinco Tribunais Regionais, sediados em Brasília (TRF-1), Rio de Janeiro (TRF-2), São Paulo (TRF-3), Porto Alegre (TRF-4) e Recife (TRF-5). O número de Tribunais constou do art. 27 § 6.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. A jurisdição e sede destes Tribunais foram previstas na Resolução n.º 1, de 6-10-1988, do Tribunal Federal de Recursos.⁹

O Magistrado Vidigal (1996) dá o seu testemunho do crescimento da Justiça Federal:

Na sequência, observa-se uma significativa ampliação da Justiça Federal. São criadas, pela Lei n. 8.146/90, duas Varas Federais no Rio Grande do Sul. Com a Lei n. 8.235/91 são criados 186 cargos de Juiz Federal Substituto em toda a Justiça Federal. Pela Lei n. 8.251/91, são criadas 16 Varas Federais na 1.ª Região, e, também, as Seções Judiciárias de Tocantins, Amapá e Roraima. Em 1992, pela Lei n. 8.418, dá-se a primeira reestruturação do TRF, o da 3.ª Região, passando a ser composto por 27 Juízes. São criadas, pela Lei n. 8.424/92, 31 Varas Federais na 4.ª Região. A Lei n. 8.495/92, cria 3 Varas Federais na 5.ª Região. A Lei n. 8.535/92 cria 35 Varas Federais na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Atualmente, a Justiça Federal conta com 358 Varas Federais criadas, sendo 82, na 1.ª

⁹ Posteriormente houve a inclusão no ADCT através da EC 73/2013 de mais quatro tribunais, mas os efeitos da emenda foram suspensos por decisão do STF (§ 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6.ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7.ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8.ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9.ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 73, de 2013) (Vide ADIN n.º 5.017, de 2013).

Região, 75 na 2.^a Região, 96 na 3.^a Região, 71 na 4.^a Região e 34 na 5.^a Região, e dispondo de 238 Juízes Federais e 188 Juízes Federais Substitutos. Nos TRF's a atual composição é de 18 Juízes na 1.^a Região, 23 na 2.^a, 27 na 3.^a, 24 na 4.^a e 10 na 5.^a, totalizando 101 Juízes.

A partir de 1996, o processo de crescimento da Justiça Federal comum da União acompanhou a sua interiorização, ampliando o acesso à Justiça notadamente aos segurados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e estendendo-lhe a jurisdição aos executivos fiscais da União, assuntos delegados, antes, à competência da Justiça Estadual, pela Lei n.º 5.010, de 1966. A criação de cargos de Magistrados e de Varas teve uma paralisação em 1999. No ano de 2009, a Justiça Federal comum possuía 1.103 cargos de Magistrados.

Em 2009, foi editada a Lei n.º 12.011, que criou 230 novas Varas da Justiça Federal, instaladas em quatro exercícios, a começar por 2010. A Lei é originária do Projeto de Lei 5.829, de 2004, que foi modificado, pois previa a criação de 400 novas Varas, em todo o Brasil, ocorrendo sua redução para 230. Com isso, foram criados mais 460 cargos de Magistrado, metade de Juízes Titulares de Vara e a outra de Juízes Substitutos. Essa é uma peculiaridade da organização interna da Justiça Federal, vez que cada Vara possui dois cargos de Juiz.

O último relatório do Conselho Nacional de Justiça indica que em 2016 existiam 1.796 cargos de magistrado federal providos havendo um claro de 620 vagas (BRASIL, 2018).

Cada Tribunal Federal é dirigido por um Presidente, um Vice-Presidente e um Corregedor. Todos são eleitos para exercer mandato durante um biênio, normalmente ocorrendo obediência ao critério de antiguidade. Tal regra tem sido quebrada em alguns momentos. No Tribunal Regional Federal da Segunda Região, o Desembargador Chalu Barbosa, mais antigo, não foi eleito, e, no seu lugar, exerceu mandato o segundo em antiguidade, Desembargador Valmir Peçanha. No biênio seguinte foi eleito o Desembargador Castro Aguiar que, também, não figurava como o mais antigo do Tribunal. O seu sucessor, no entanto, Desembargador Paulo César Espírito Santo era considerado o mais antigo na linha de sucessão.

Também o Tribunal Regional Federal da Terceira Região tem indicado dirigentes em descompasso com o critério de antiguidade e já houve impugnação judicial perante o Supremo Tribunal Federal.

De fato, várias eleições foram anuladas pelo STF por ofensa ao princípio da antiguidade previsto no art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) que assim dispõe:

Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.

Foi proposta Reclamação (RCL n.º 8.025) pela Desembargadora Federal do TRF-3, Suzana de Camargo Gomes, aduzindo que o Magistrado Paulo Octávio Baptista Pereira seria inelegível para o cargo, uma vez que foi Corregedor do TRF entre 2003 e 2005. Fundamentou o seu pedido na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79), que normatiza as eleições nos Tribunais prevendo que devem eleger para seus cargos diretivos os Magistrados mais antigos, excluindo-se os que tiverem exercido quaisquer cargos de direção nos últimos quatro anos.

O Relator da Reclamação fundamentou sua decisão monocrática no precedente que considerou inconstitucional criar critério de elegibilidade para os Tribunais em confronto com o estabelecido na LOMAN. Nesse sentido:

MAGISTRATURA. Tribunal. Membros dos órgãos diretivos. Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral. Eleição. Universo dos magistrados elegíveis. Previsão regimental de elegibilidade de todos os integrantes do Órgão Especial. Inadmissibilidade. Temática institucional. Matéria de competência legislativa reservada à Lei Orgânica da Magistratura e ao Estatuto da Magistratura. Ofensa ao art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Inteligência do art. 96, inc. I, letra a, da Constituição Federal. Recepção e vigência do art. 102 da Lei Complementar federal nº 35, de 14 de março de 1979 - LOMAN. Ação direta de inconstitucionalidade julgada, por unanimidade, prejudicada quanto ao § 1.º, e, improcedente quanto ao *caput*, ambos do art. 4.º da Lei n.º 7.727/89. Ação julgada procedente, contra o voto do Relator sorteado, quanto aos arts. 3.º, *caput*, e 11, inc. I, letra a, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. São inconstitucionais as normas de Regimento Interno de Tribunal que disponham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção. (ADI 3566/DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Julgamento: 15/02/2007, Tribunal Pleno, maioria, vencido o relator).

Na sessão do dia 9 de dezembro de 2009, o STF julgou procedente a Reclamação, em parte, para determinar a realização de nova eleição, concorrendo os candidatos mais antigos, sem impedimento. É o excerto da decisão, ainda sem Acórdão:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal afirmou a ilegitimidade da representação judicial do advogado constituído pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, que deveria ser feita pela Advocacia-Geral da União, desconsiderando a sustentação oral realizada, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e

Carlos Britto, que permitiam a sustentação oral do advogado do reclamante e posteriormente a do advogado constituído pelo Presidente do TRF da 3.^a Região. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem no sentido de intimar a AGU para que, querendo, se manifeste nos autos, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a suscitou, e Carlos Britto. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação, para anular a eleição de Presidente e determinar que outra se realize, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que a julgavam improcedente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Dias Toffoli, que declarou suspeição. Falou, pelo reclamante, o Professor Sérgio Ferraz. Plenário, 09.12.2009.

Aliás, nesse tema, o Supremo Tribunal Federal tem interpretado que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, editada em 1979, em pleno Governo do General Ernesto Geisel, fruto da Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, quando o Congresso Nacional havia sido posto em recesso, foi recepcionada pela Constituição quanto aos artigos que não colidissem com as novas normas constitucionais que tratam da organização dos Tribunais e dos direitos e deveres dos Juízes. O STF está organizando projeto de lei orgânica para ser remetido ao Congresso Nacional.

Atualmente os Tribunais têm o seguinte número de Juízes: TRF-1: 24; TRF-2: 27; TRF-3: 39; TRF-4: 26; TRF-5: 15.

2.7 A Justiça Estadual

Apesar de constituir um poder nacional, a organização interna do Poder Judiciário assegura, como aos próprios Estados federados, a autonomia aos magistrados vinculados ao Poder Judiciário que lhes é simetricamente próprio, que, atualmente, são selecionados e nomeados pelos dirigentes desse ramo do Judiciário, seguindo a regra geral do concurso público de provas e títulos.

Ao contrário dos Estados Unidos, onde, nos Estados federados, o cargo de juiz é provido mediante eleições específicas, não existe tal precedente no Brasil.

São órgãos do Judiciário dos Estados, o Tribunal de Justiça, e os Juízes de Direito (CF, art. 92, VII). Os Tribunais de Alçada, anteriormente existentes, foram extintos pela da Emenda Constitucional n.º 45. Os magistrados integrantes desses Tribunais foram incorporados como Desembargadores aos Tribunais de Justiça.

Nos Estados-membros existem diferenciações: por exemplo, na estrutura do Poder Judiciário houve inclusão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e das Turmas Recursais, consoante disposição da Constituição estadual do Rio de Janeiro, assim descrito:

Art. 151. São Órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Juízes de Direito;
- III - o Tribunal do Júri;
- IV - os Conselhos da Justiça Militar;
- V - os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais.

A Constituição do Estado do Acre, a seu turno, assim dispõe:

Art. 91. O Poder Judiciário é exercido, pelos seguintes órgãos:

- I - Tribunal de Justiça;
- II - Juízos de Direito;
- III - Tribunais do Júri;
- IV - outros juízos instituídos por Lei;
- V - Auditoria e Conselhos de Justiça Militar.

Já a Constituição do Estado de Alagoas estabelece outra organização:

Art. 121. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Tribunal do Júri;
- III - Juízes de Direito e os Juízes Substitutos;
- IV - o Conselho da Justiça Militar;
- V - outros Juízes instituídos por lei.

Na Constituição do Estado do Amapá, há previsão de Juízes Auxiliares:

Art. 124. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Juízes de Direito;
- III - os Juízes de Direito Auxiliares;
- IV - os Juízes de Direito Substitutos;
- V - os Tribunais do Júri;
- VI - a Justiça Militar;
- VII - outros Tribunais e Juízos instituídos por lei.

No Estado do Amazonas:

Art. 63. O Poder Judiciário do Estado é exercido pelos seguintes Órgãos:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Tribunais do Júri;
- III - os Juízes de Direito;
- IV - o Conselho de Justiça Militar;
- V - os Juizados Especiais e a Justiça de Paz.

No Estado da Bahia, assim consta a organização do Poder Judiciário:

Art. 110. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - (revogado pela Emenda Constitucional 45, de 2004)
- III - os Tribunais do Júri;
- IV - os juízes de Direito;
- V - o Conselho de Justiça Militar;
- VI - os Juizados Especiais;
- VII - os Juizados de Pequenas Causas;
- VIII - os Juizados de Paz.

No Estado do Ceará existe acentuada diferenciação:

Art. 94. São órgãos do Poder Judiciário Estadual:

- I - Tribunal de Justiça;
- II - (revogado pela Emenda Constitucional n.º 63, de 2 de julho de 2009);¹⁰
- III - (revogado pela Emenda Constitucional n.º 63, de 2 de julho de 2009)
- IV - Tribunais do Júri;
- V - Juízes de Direito;
- VI - Juízes Substitutos;
- VII - Auditoria Militar;
- VIII - Juizados Especiais;
- IX - (revogado pela Emenda Constitucional n.º 63, de 2 de julho de 2009)
- X - Juizados de Paz;
- XI - Outros órgãos criados por lei.

A Lei Orgânica do Distrito Federal somente refere a existência de dois poderes: Legislativo e Executivo (art. 53). A jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal abrange os Territórios. A Justiça do Distrito Federal e Territórios é organizada pela Lei n.º 8.185, de 1991, cujo art. 2.º enumera os respectivos órgãos integrantes:

Art. 2.º. Compõem a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Conselho da Magistratura;
- III - os Tribunais do Júri;
- IV - os Juízes de Direito do Distrito Federal;
- V - os Juízes de Direito Substitutos do Distrito Federal;
- VI - os Juízes de Direito dos Territórios;
- VII - os Juízes de Paz do Distrito Federal;
- VIII - os Juízes de Paz dos Territórios.

¹⁰ Tratava do Conselho de Justiça Estadual. Arguida a inconstitucionalidade na ADIn n.º 136-1. A ação foi julgada prejudicada em face da edição da EC 63/2009 por decisão monocrática proferida aos 6 de agosto de 2013 pelo Relator Ministro Teori Zavascki.

É de se destacar que, apesar de a Constituição Federal estar coalhada de normas acerca de Territórios, no momento eles não existem no mundo fático. Todos os antigos Territórios foram transformados em Estados federados.

No Estado do Espírito Santo, assim dispõe a Constituição:

Art. 101. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Tribunal de Justiça;

II - os Juízes de Direito;

III - os Tribunais do Júri;

IV - os Tribunais ou Juízes;

V - os Juizados Especiais;

VI - o Conselho de Justiça Militar.

Salvo melhor juízo, parece existir uma superposição de órgãos tendo em vista que o inciso IV repete órgãos já indicados no texto, pois não existem outros Tribunais na estrutura do Judiciário local.

A Constituição do Estado de Goiás manteve a referência a Tribunais inferiores, que foram extintos após a Emenda Constitucional n.º 45 até quando ocorreu sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 46, de 9-9-2010. Assim dispõe a norma:

Art. 41. São órgãos do Poder Judiciário Estadual:

I - o Tribunal de Justiça;

II - os Juízes de Direito;

III - o Tribunal de Justiça Militar;

IV - os Conselhos de Justiça Militar;

V - os Juizados Especiais e as Turmas Recursais dos Juizados Especiais;

VI - a Justiça de Paz;

VII - (revogado pela Emenda Constitucional n.º 46, de 09-09-2010)

VIII - os Tribunais do Júri.

No Maranhão, a criação de Tribunal de Alçada por norma inserida na Constituição estadual foi julgada inconstitucional pelo STF¹¹. A decisão é anterior à Emenda Constitucional n.º 45. No mais, assim, dispõe a Constituição estadual:

¹¹ Aumento do número de cargos de Desembargadores e criação de Tribunal de Alçada. Medidas dependentes de proposta do Tribunal de Justiça (art. 96, II, b, e c da Carta Federal), sendo, assim, inconstitucionais quando editadas independentemente daquela iniciativa, pela Constituição estadual. Precedentes: Ações Diretas n.º 274, de Pernambuco; n.º 157, do Amazonas e n.º 142, de Rondônia (ADI 366/MA, Relator: Min. Octavio Gallotti, julgamento: 24-10-1996, Pleno, v. u.). Posteriormente a norma foi revogada pela Emenda Constitucional n.º 58, de 4-12-2009.

Art. 71. São Órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Tribunal de Alçada (norma declarada inconstitucional);
- III - o Conselho de Justiça Militar;
- IV - os Tribunais do Júri;
- V - os Juízes de Direito;
- VI - os Juizados Especiais;
- VII - os Juízes de Paz.

O texto da Constituição do Estado do Mato Grosso é dos mais detalhados:

Art. 91. São órgãos do Poder Judiciário Estadual:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Tribunal do Júri;
- III - os Juízes de Direito;
- IV - os Conselhos de Justiça Militar Estadual;
- V - os Juizados Especiais;
- VI - as Turmas Recursais;
- VII - os Juizados de Menores;
- VIII - a Justiça de Paz;
- IX - as Varas Distritais;
- X - as Varas itinerantes;
- XI - outros órgãos instituídos em lei.

No Estado do Mato Grosso do Sul já é seguido um padrão nacional de organização:

Art. 97. O Poder Judiciário do Estado é exercido pelos seguintes órgãos:

- I - Tribunal de Justiça;
- II - Tribunal do Júri;
- III - os Juízes de Direito;
- IV - os Juízes Substitutos;
- V - os Juizados Especiais das Causas Cíveis de Menor Complexidade e de Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo;
- VI - a Auditoria Militar;
- VII - os Juizados de Paz.

A redação da Constituição do Estado de Minas Gerais é bem sucinta:

Art. 96. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - (Revogado pelo art. 5.º da Emenda à Constituição n.º 63, de 19-7-2004)
- III - o Tribunal e os Conselhos de Justiça Militar;
- IV - os Tribunais do Júri;
- V - os Juízes de Direito;
- VI - os Juizados Especiais.

No Estado do Pará, segue-se, também, o padrão geral:

Art. 147. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Tribunais do Júri;
- III - os Juízes de Direito;
- IV - os Conselhos de Justiça Militar;
- V - os Juizados Especiais;
- VI - a Justiça de Paz.

Também a Constituição do Estado do Paraná segue o mesmo diapasão:

Art. 93. São órgãos do Poder Judiciário no Estado:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - (Revogado pela Emenda Constitucional n.º 16, de 2005);
- III - os Tribunais do Júri;
- IV - os Juízes de Direito;
- V - os Juízes Substitutos;
- VI - os Juizados Especiais;
- VII - os Juízes de Paz.

Na Paraíba, assim dispõe a Constituição estadual:

Art. 91. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Tribunal do Júri;
- III - os Juízes de Direito;
- IV - os Juízes Substitutos;
- V - o Juiz Auditor Militar Estadual;
- VI - outros juízes instituídos por lei.

Em Pernambuco o texto constitucional é singelo:

Art. 44. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

- I - o Tribunal de Justiça do Estado;
- II - os Tribunais do Júri;
- III - o Conselho de Justiça Militar;
- IV - os Juízes de Direito;
- V - outros Juízes e Tribunais instituídos por Lei.

Já no Estado do Piauí, houve indicação do Juízo Militar como autônomo:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Juízes de Direito;
- III - o Tribunal do Júri;

- IV - os Juizados Especiais;
- V - o Juiz de Direito do Juízo Militar e os Conselhos de Justiça Militar.

No Rio Grande do Norte, a Constituição estadual estabelece o número de integrantes do Tribunal de Justiça:

- Art. 70.** São órgãos do Poder Judiciário do Estado:
- I - o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte;
 - II - Tribunais de Júri;
 - III - Juízes de Direito e Conselho de Justiça Militar;
 - IV - Juizados Especiais formados por Juízes de Direito e Colegiados Regionais de Recursos¹²;
- Parágrafo único.** O Tribunal de Justiça compõe-se de 15 (quinze) Desembargadores.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul já incorporou a extinção do Tribunal de Alçada:

- Art. 91.** São órgãos do Poder Judiciário do Estado:
- I - o Tribunal de Justiça;
 - II - o Tribunal Militar do Estado;
 - III - os Juízes de Direito;
 - IV - os Tribunais do Júri;
 - V - os Conselhos de Justiça Militar;¹³
 - VI - os Juizados Especiais e de Pequenas Causas;
 - VII - os Juízes Togados com Jurisdição limitada.

Em Rondônia não existem mudanças na estrutura do Poder Judiciário local:

- Art. 74.** São órgãos do Poder Judiciário:
- I - Tribunal de Justiça;
 - II - Juízes de Direito e Juízes Substitutos;
 - III - Tribunal do Júri;
 - IV - Justiça Militar;
 - V - outros Tribunais e Juízos instituídos por lei.

No Estado de Roraima, existe um rol de órgãos mais extenso:

- Art. 68.** São órgãos do Poder Judiciário:
- I - o Tribunal de Justiça;
 - II - os Tribunais do Júri;

¹² ADIn 170-1 suspendeu a eficácia da previsão “e Colegiados Regionais de Recursos”.

¹³ Há em andamento no Supremo Tribunal Federal, a ADIn n.º 4360. Relator atual: Ministro Edson Fachin, pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

- III - os Juízes de Direito e Juízes Substitutos;
- IV - a Justiça Militar;
- V - os Juizados Especiais;
- VI - os Juizados de Pequenas Causas; e
- VII - os Juizados de Paz.

No mesmo diapasão a Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 77. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - os Tribunais do Júri;
- III - os Juízes de Direito e os Juízes Substitutos;
- IV - a Justiça Militar;
- V - os Juizados Especiais e as Turmas de Recursos;
- VI - a Câmara Regional de Chapecó;¹⁴
- VII - os Juízes de Paz;
- VIII - outros órgãos instituídos em lei.

Em São Paulo, a distribuição de órgãos do Poder Judiciário também é extensa:

Art. 54. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

- I - o Tribunal de Justiça;
- II - o Tribunal de Justiça Militar;
- III - os Tribunais do Júri;
- IV - as Turmas de Recursos;
- V - os Juízes de Direito;
- VI - as Auditorias Militares;
- VII - os Juizados Especiais;
- VIII - os Juizados de Pequenas Causas.

Aqui há uma aparente superposição entre os Juizados Especiais e os Juizados de Pequenas Causas.

O Estado de Sergipe mantém regras tradicionais, na organização do Poder Judiciário:

Art. 93. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I - Tribunal de Justiça;
- II - Juízes de Direito;
- III - Tribunais do Júri;
- IV - Conselho da Justiça Militar;
- V - Tribunais ou Juízes instituídos por lei.

¹⁴ Há discussão no Supremo Tribunal Federal por meio da ADIn 4.626, de 2011 (inciso VI do art. 77, com redação dada pela EC/56, de 2010). Relator atual: Ministro Roberto Barroso. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

E, finalmente, o Estado do Tocantins, o de criação mais recente na federação brasileira, mantém a estrutura do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

- Art. 43.** São órgãos do Poder Judiciário:
- I - Tribunal de Justiça;
 - II - Justiça Militar;
 - III - Juízes de Direito e Juízes Substitutos;
 - IV - Juizados Especiais;
 - V - Justiça de Paz.

Os juízes leigos, existentes na estrutura dos Juizados Especiais, não são considerados integrantes do quadro efetivo de magistrados, exercendo funções temporárias, com baixa ou nenhuma remuneração e que atuavam, normalmente, com vínculo às Escolas da Magistratura, existentes em cada Estado da federação.

Tal realidade foi modificada pelo advento da Resolução n.º 174/2003, do Conselho Nacional de Justiça, que procurou uniformizar a atuação dos juízes leigos no âmbito dos Juizados Especiais. Dentre as regras estabeleceu a necessidade de seleção e qualificação dos agora denominados auxiliares da Justiça (art. 1.º da Resolução CNJ 174, de 2003).

3 INDEPENDÊNCIA DA JUSTIÇA

O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UDHR), proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, prevê que todos “têm direito em completa igualdade a um processo justo e público por um tribunal independente e imparcial, na determinação de seus direitos e obrigações e de qualquer acusação penal contra si.” A independência do Poder Judiciário é, pois, considerada, um direito fundamental, de aplicação universal.

Por outro lado, o art. 14, § 1.º, da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, determina que “todas as pessoas serão iguais perante as cortes e tribunais. Na determinação de qualquer acusação criminal contra si ou seus direitos e obrigações discutidos em um processo todos terão o direito a um julgamento público e justo por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecido pela lei.”¹⁵

¹⁵ A Convenção foi adotada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas e entrou em vigor em 23 de março de 1976. A partir de 20 de julho de 2007, 160 Estados a haviam ratificado ou a ela aderiram, aceitando suas regras como normas de cumprimento obrigatório em direito internacional.

No âmbito europeu, o art. 6, § 1.º, da Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, prevê, dentre outras coisas, que “na determinação de seus direitos e obrigações civis ou de qualquer acusação contra si, todos têm direito a um processo justo e público com uma duração razoável julgado por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei.”.

Já na América, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, no art. 8, § 1.º, que “toda pessoa tem direito a um processo com as devidas garantias e com uma razoável duração julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei, na busca de provas em causa de natureza penal ou para determinação de seus direitos e obrigações de natureza, civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra natureza.”.

Na África, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, no seu art. 7, § 1.º, dispõe: “todo indivíduo terá o direito de ter sua causa ouvida. Isso compreende: [...] (d) o direito a ser processado com uma duração razoável por um tribunal ou corte imparcial.”.

O jurista Philippe Abruavanel (1999, p. 12), estudioso do tema independência da Justiça, elaborou o denominado “Plan Thémis”, no qual estabeleceu dez condições que deveriam ser preenchidas para caracterizar a existência de uma Justiça livre e independente, a saber:

- a) toda ingerência de autoridade política na administração da justiça civil, penal e administrativa é excluída;
- b) a autoridade política deve-se abster de criticar uma decisão judicial;
- c) a designação dos juízes, sua promoção e sua remoção devem ser independentes do poder executivo;
- d) a destituição de um juiz pelo poder político é estritamente proibida;
- e) os juízes recebem uma remuneração digna em proporção às funções mais importantes, como as de ministros;
- f) a justiça dispõe de um orçamento separado, negociado com o Parlamento, que ela gere livremente;
- g) a Justiça nomeia livremente os seus assistentes e empregados e assegura sua formação fundamental e contínua;
- h) o Chefe do Poder Judiciário ocupa o terceiro lugar no protocolo do Estado;
- i) o Juiz é independente no interior do seu tribunal e os processos são distribuídos segundo seu conteúdo;
- j) o Juiz tem o direito e o dever de se educar desde o início e continuamente sem despesas complementares ao seu cargo.

Embora seja uma questão polêmica, Abravanel também sustenta que o modelo democrático de Estado, dividindo internamente as funções estatais, deve conferir aos juízes o controle de constitucionalidade dos atos normativos, não sendo razoável estabelecer a competência para o próprio Poder Legislativo, este sujeito às pressões populares, de grupos econômicos, ao passo que os magistrados analisam a questão de forma profissional ou técnica, aplicando a Constituição, através de decisões motivadas (ABRAVANEL, 1999, p. 15).

É verdade que, de há muito, Cappelletti (1984, p. 88-93, *passim*) já fundamentava a criação das Cortes Constitucionais alemã e italiana na experiência, não muito efetiva, da atuação dos juízes de carreira, no controle da constitucionalidade, através do modelo difuso, o que gerou os critérios de magistrados temporários, indicados pelo Parlamento, como vitorioso naqueles dois países e que serviram de parâmetro para os que pretendiam instituir o padrão kelseniano.

Consoante os critérios estabelecidos no Plano Thêmis, o Poder Judiciário brasileiro, após a Constituição de 1988, pode ser considerado como um integrante da estrutura do Estado, em igualdade de condições com os demais poderes da República.

Antes do advento da atual Constituição, poder-se-ia considerar, lançando mão das palavras de Abravanel, que “a Justiça tem sido o parente pobre do Estado”, preterida nas verbas orçamentárias, pelas Forças Armadas, pela Previdência Social, além daquelas que são, evidentemente, essenciais para as prestações estatais, como educação, saúde e segurança.

Pode-se, por outro turno, estabelecer duas ópticas sobre a questão da independência do juiz: uma externa e outra interna. Da primeira, busca-se afastar o magistrado das demais esferas do poder político, do poder econômico, dos grupos de pressão. Da segunda, busca-se identificar eventuais polos de pressão inseridos no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Esse segundo aspecto do problema está vinculado ao sistema de acesso à carreira nos critérios que determinam a progressão no seu interior. Massimo Bonomo, Juiz da Corte de Cassação italiana, aduz à experiência italiana, que organiza a sua Justiça com órgãos de primeiro grau, órgãos de apelação e a Corte de Cassação, identificando que a progressão na carreira, embora possa ocorrer levando-se em conta critérios objetivos como, por exemplo, a formação do magistrado, seu grau de laboratividade e sua inclinação para o

exercício de funções de grau superior, também possui um alto nível de interferência dos juízes que estão nos Tribunais (BONOMO, 1999, p. 56/57).

Nessa linha, na visão do jurista italiano, a conformidade com a jurisprudência superior, sem objeções pode acarretar uma carreira mais rápida e fácil, ao passo que outro, contrário à jurisprudência dominante, poderá sofrer por suas decisões. Esse panorama não se aplicaria ao sistema italiano, no qual a progressão na carreira se faz de forma quase automática, mantendo-se a independência interna do Judiciário. Tal situação também evita a competição desmedida que ocorreria, diante da disputa pelos poucos cargos do final da carreira (BONOMO, 1999, p. 58).

No entanto, o sistema de promoção automática também impede a melhora nos quadros do Judiciário italiano, com incentivo constante à qualificação profissional. Aduz que o sistema não necessita de juristas insígnies, mas de um grande número de magistrados dotados de boa qualificação profissional e de capacidade gerencial para destinar, em sistema de rodízio, sua energia para funções de direção, citando a de presidência de órgão colegiado.

No Brasil, notadamente após a Emenda Constitucional n.º 45, os critérios de promoção dos magistrados passaram a ser publicizados em sessões dos Tribunais, antes secretas e sem fundamentação. O sistema brasileiro prevê a promoção mediante dois critérios: antiguidade e merecimento. Mesmo na antiguidade poderá ocorrer recusa pelo Tribunal, em votação qualificada. Não existe, aqui, a progressão automática citada na esfera italiana, ocorrendo, por esse motivo, intensa disputa interna entre os colegas que pretendem galgar as poucas vagas dos Tribunais ou em outros pontos da carreira, notadamente quando o acesso é por merecimento. Por outro lado, atualmente, há exigência de intensa atualização, através de cursos ministrados pelas Escolas da Magistratura.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 106/2010, que procura diminuir o grau de subjetividade da promoção por merecimento.

Resta evidente, nesse ponto, que o Conselho Nacional de Justiça, órgão central da Administração do Poder Judiciário nacional, tende a exercer papel unificador e de revisão das decisões dos Tribunais. Isso, efetivamente, já ocorreu no Procedimento de Controle Administrativo n.º 200710000011734, originário do Estado da Bahia, em sessão ocorrida no âmbito do Tribunal de Justiça. A decisão monocrática do Relator, Conselheiro Antônio Umberto de Souza Júnior, datada de 3-4-2008, no Pedido de Providências no Procedi-

mento de Controle Administrativo (PCA) 200710000011734, foi referendada pelo Plenário do Conselho.¹⁶

O debate sobre a independência dos juízes é tema de vários foros. Um deles, o VII Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Nesse evento, houve a adoção de princípios que devem ser adotados para a resolução das questões relacionadas ao tema do Congresso, sendo um dos fundamentais a independência da magistratura, estabelecida nos seguintes termos: “os juízes resolverão os assuntos que recebam com imparcialidade, baseando-se nos fatos e em consonância com o direito, sem restrição alguma e sem influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, sejam diretas ou indiretas, de qualquer setor ou por qualquer motivo.” (DAVID, 1999, p. 97).

Também não se admite a intervenção da esfera administrativa no âmbito judicial, com intuito de rever decisões proferidas pelos juízes no exercício de sua atividade jurisdicional.

Recomenda-se que os juízes gozem de garantias como a inamovibilidade, a perenidade do cargo, bem como remuneração adequada, na ativa, quando aposentado e para seus dependentes.

Sob perspectiva internacional as garantias outorgadas aos juízes são instrumentos que possibilitam o cumprimento dos valores fundamentais, buscando dar efetividade aos direitos humanos (DAVID, 1999, p. 98).

Apesar disso, não se deve desconhecer a dimensão da responsabilidade dos juízes, pessoal e social, bem como é indispensável assegurar-lhes liberdade de crenças, de associação e de reunião, preservando sua dignidade e garantindo sua independência.

Existe também, no plano internacional, a preocupação com o modelo de seleção dos magistrados. É certo que a investidura no cargo de juiz varia segundo a cultura e o sistema jurídico de cada país, devendo-se, no entanto, preservar os critérios de seleção

¹⁶ Em dezembro de 2007, o CNJ já havia determinado a anulação de promoções por merecimento para provimento de 25 Varas em Salvador, feitas pelo TJBA em setembro de 2007, para, entre outras providências, sanar as irregularidades analisadas nos procedimentos de controle administrativo (PCAS) 200710000011734, 200710000012362, 2007100001178-3 e 2007100001209-0. Entre as diversas falhas apontadas estão a imprecisão de notas atribuídas a candidatos, a consideração de cursos de pós-graduação sem comprovação e o desrespeito injustificado à ordem de pontuação.

para que não existam discriminações com base no sexo, religião, cor, raça, ideologia política, posição econômica, de nascimento. A exigência de que o cargo de juiz seja ocupado por nacional do Estado não é considerada como discriminação (DAVID, 1999, p. 100).

Vinculado à independência judicial está a imunidade quanto aos efeitos de suas decisões, não podendo sofrer ação de responsabilidade civil. Preserva-se, no entanto, o devido processo disciplinar para apurar eventuais condutas desabonadoras atribuídas ao magistrado, podendo ocorrer suspensão de suas funções, sujeita a decisão de afastamento a recurso que busque a revisão do ato.

Deve-se tomar cuidado com os julgamentos nos quais se evidencia uma opinião pública apaixonada e dividida e com os em que grupos de interesse se chocam frontalmente, para que a conduta do juiz não seja atacada justamente pelo conteúdo de sua decisão (DAVID, 1999, p. 101).

Em alguns países, como a Espanha, a regra de independência tem assento constitucional (art. 117), estabelecendo que a Justiça emana do povo e se administra em nome do Rei, sendo o Poder Judiciário independente, com magistrados inamovíveis, responsáveis e submetidos ao império da lei.

Afirma Victor Fairen Guilen que, apesar da independência portada pela magistratura espanhola, cerca de 3,9 em dez cidadãos confiam na administração da Justiça, estando abaixo, nesse critério, da Monarquia, do Defensor do Povo, do Prefeito, do Parlamento, do Governo da Comunidade Autônoma, do Parlamento da Comunidade Autônoma, do Tribunal Constitucional e do Governo da Nação (GUILLEN, 1999, p. 117-118). Deve-se destacar que a Espanha, além de Monarquia, é país unitário e, apesar disso, pelas suas peculiaridades, concede alto grau de autonomia às regiões da Catalunha e do País Basco, locais aonde grassa o movimento nacionalista, inclusive com grupos armados que lutam pela independência. A Constituição espanhola de 1978 estabeleceu dezessete regiões autônomas.¹⁷

¹⁷ São Comunidades Autônomas com estatuto específico: a) País Basco–Euskadi; b) Navarra; c) Galicia; d) Canárias; e) Catalunha; f) Andaluzia; g) Aragão; h) Astúrias; i) Baleares; j) Cantábria; k) Castilha La Mancha; l) Castilha e Leão; m) Extremadura; n) Comunidade de Madrid; o) Múrcia; p) La Rioja; q) Comunidade Valenciana.

A pesquisa popular foi realizada nos anos de 1996 e 1998 e indica que os espanhóis também não confiavam no grau de independência dos magistrados locais. Aduz o jurista espanhol que diversos processos com repercussão prolongados, sem explicações razoáveis, e erros judiciais frequentes, foram os fatores que levaram a tal situação (GUILLEN, 1999, p. 119).

Em crítica acerba, aduz que a Justiça espanhola, a par de reconhecido atraso no julgamento de processos, também tem atuado para privilegiar determinados grupos, notadamente de políticos ocupantes de cargos no parlamento espanhol. Reclama, especificamente, do privilégio de foro dos parlamentares e políticos espanhóis (GUILLEN, 1999, p. 120-122 *passim*).

Por outro turno, segue identificando as situações que causam a morosidade do Judiciário:

- a) excesso de trabalho gerado pelo aumento de litígios, originado de maior número de leis;
- b) ausência de meios para realizar os julgamentos;
- c) desorganização do ensino dos candidatos a juízes e aos demais corpos que integram a administração da Justiça, com descuido quanto ao exame da personalidade dos candidatos, falta de qualificação dos professores, ausência de livros de qualidade, surgimento de magistrados interinos que se perenizam;
- d) leis processuais e materiais de péssima qualidade;
- e) ausência de preparo dos legisladores quanto aos temas judiciais;
- f) imposição de que os magistrados decidam um número específico de processos a cada ano, sem atentar para as peculiaridades de cada caso (GUILLEN, 1999, p. 123-124).

Curioso notar que autores clássicos do processo civil, como Enrico Túlio Liebman e Piero Calamandrei já defendiam a ideia de que a independência do juiz, vinculada ao conceito de imparcialidade, serviriam de fundamento para a democracia. Na mesma linha, os modernos textos internacionais já vinculavam a efetividade dos direitos do homem ao estabelecimento de garantias tanto para as partes, como também para os juízes (NEVES, 1985, p. 8-9; CALAMANDREI, 2018).

Dentre os autores nacionais, Leonardo Greco indica que a independência dos juízes é atributo individual de cada magistrado. Deve-se assegurar, nessa linha, o respeito dos demais poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à investidura. A existência de regime disciplinar e de acesso à carreira, democráticos e objetivos ao desempenho das funções, proporcionando bem-estar físico e material não somente ao magistrado, como também aos seus familiares (GRECO, 2005, p. 251).

Afirma que a Corte Europeia de Direitos Humanos relaciona quatro critérios para avaliar tal circunstância:

- a) ao modo de designação dos juízes que não pode ser deixado à escolha discricionária dos membros do Executivo;
- b) à duração dos mandatos dos juízes;
- c) a existência de garantias contra as pressões exteriores;
- d) à aparência de ou não de independência (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*) (GRECO, 2005, p. 251).¹⁸

A independência é assentada em julgamentos técnicos e não políticos, infensos a quaisquer pressões inidôneas. Mesmo o denominado clamor popular. O julgamento popular nem sempre é sábio, mas, frequentemente, movido a paixões. Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial afirmam que o magistrado não pode agir preocupado com a aclamação popular ou com sua crítica (ONU, 2008, p. 49). A condenação de Jesus não obedeceu à boa técnica, mas ao julgamento popular que, certamente, não foi feliz. Do mesmo modo, é comum ao povo aplicar a denominada lei de ferro ou de Talião (olho por olho, dente por dente),¹⁹ aos acusados de crimes, sendo corriqueiros os linchamentos públicos, muitas vezes com mortes de inocentes. É certo, ademais, que o julgamento pelos Tribunais também pode gerar erros, sendo, também, farta a literatura a respeito dos erros judiciários cometidos durante a história. Mas, o tempo normal do processo permite uma melhor avaliação do caso e os equívocos tendem a diminuir.

Também se defende a extensão de tal prerrogativa aos juízes leigos, hoje bastante utilizados no sistema dos Juizados Especiais Cíveis, sendo comum sua atuação no Rio de Janeiro, consoante previsão expressa em lei estadual (Lei n.º 4.578, de 2005) (GRECO, 2005, p. 252). Outros Estados também possuem magistrados leigos, como Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Paraná, Acre e Mato Grosso do Sul.

Vigora, ainda, no Brasil, como corolário da independência do juiz, a imunidade por suas decisões, quer sejam sentenças, votos ou decisões monocráticas, não podendo sofrer qualquer tipo de responsabilização por seus atos, nos termos do art. 41, da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), consoante assentado pelo STF, no seguinte aresto:

Queixa-crime - Delitos contra a honra supostamente cometidos por magistrados no julgamento da causa - Inocorrência - Exercício da função jurisdicional - Imunidade

¹⁸ O autor remonta a Serge Guinchard.

¹⁹ “Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe.” (Êx 21, 23-25).

funcional dos magistrados (CP, art. 142, III, e LOMAN, art. 41) - Atipicidade penal da conduta - Discurso judiciário compatível com o objeto do litígio e que guarda, com este, indissociável nexos de causalidade e de pertinência - Ausência, ainda, do “animus injuriandi vel diffamandi” - Inadmissibilidade da pretendida persecução penal - Consequente extinção do procedimento penal. - o Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o “usus fori” e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexos de causalidade e de pertinência. Doutrina. Precedentes. A “ratio” subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do “officium iudicis”, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial – que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção – traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres. (Inq. 2699 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 12/03/2009, Tribunal Pleno).

Esse precedente se revela interessante porque o querelado foi o Ministro do STF Marco Aurélio Mello, acusado por afirmações realizadas em julgamento e que foram consideradas ofensivas pelo querelante. A decisão, pela rejeição, foi à unanimidade. Esse mesmo entendimento foi aplicado em queixa-crime assacada contra a Ministra do STJ Eliana Calmon (Inq. 2657 AgR/DF, Relator: Min. Carlos Britto, julgamento: 26-3-2008, Pleno, v. u.). Na mesma linha, decisão favorável ao Ministro Hamilton Carvalhido (Inq. 2.637 AgR/DF, Relator: Min. Carlos Britto, julgamento: 11-2-2008, Pleno, v. u.).

É assente, no STF, por outro turno, que a LOMAN estará em vigor até que seja votada a lei prevista no art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Nessa linha:

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 92, III, alínea “e”, da Constituição do Estado de Mato Grosso, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 46, de 22 de novembro de 2006. 3. Consideração do tempo de exercício da advocacia privada para fins de classificação pelo critério de antiguidade na carreira da magistratura, da mesma forma em que se considera o tempo de serviço público. 4. Alegada violação ao art. 93 da Constituição Federal. 5. Até a edição da Lei Complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição Federal, compete exclusivamente à Lei Orgânica da Magistratura dispor sobre a promoção, a remoção e o acesso de magistrados aos cargos. 6. Precedentes. 7. Medida Cautelar deferida para suspender, com eficácia *ex tunc*, a vigência do art. 92, III, alínea “e”, da Constituição do Estado de Mato Grosso, com a redação determinada pela EC n.º 46/2006 (ADI 4.042 MC/MT, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento: 26-6-2008, Pleno).

Apesar dessa perspectiva, há quem, na trilha de Mauro Cappelletti, procure uma releitura do instituto da imunidade judicial, sentida a perspectiva clássica, como um item importante da independência do juiz (CAPPELLETTI, 1988, p. 31). Aduz o autor italiano que a irresponsabilidade do juiz tem raiz na impossibilidade de responsabilizar o Estado por atos de império. Por outro lado, defende que a não responsabilização do juiz está vinculada à neutralidade, ou, melhor dizendo, à imparcialidade do juiz, postura adotada pela Corte Constitucional italiana (CAPPELLETTI, 1988, p. 32).

É certo que, quando se trata de democracia, deve-se ter em vista que existe um dever de prestar contas dos seus atos, que é inerente à atividade pública, o que impede a imunidade absoluta do juiz. Por sinal, o Código de Processo Civil de 2015 mantém essa perspectiva no art. 143, nestes termos:

Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

A independência do juiz já foi vinculada à vedação de acumular outros cargos ou funções, admitida somente uma de magistério. Essa questão foi objeto de debate em processo onde ocorreu impugnação a ato do CNJ impedindo a atividade de juízes nos tribunais de Justiça Desportiva, embora fosse desempenhada graciosamente.

Assim, o aresto:

Mandado de Segurança. Resolução n.º 10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Vedação ao exercício de funções, por parte dos magistrados, em tribunais de justiça desportiva e suas comissões disciplinares. Estabelecimento de prazo para desligamento. Norma proibitiva de efeitos concretos. Inaplicabilidade da súmula n.º 266 do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, exceto o de magistério. 1. A proibição jurídica é sempre uma ordem, que há de ser cumprida sem que qualquer outro provimento administrativo tenha de ser praticado. O efeito proibitivo da conduta – acumulação do cargo de integrante do Poder Judiciário com outro, mesmo sendo este o da Justiça Desportiva – dá-se a partir da vigência da ordem e impede que o ato de acumulação seja tolerado. 2. A Resolução n.º 10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, consubstancia norma proibitiva, que incide, direta e imediatamente, no patrimônio dos bens juridicamente tutelados dos magistrados que desempenham funções na Justiça Desportiva e é caracterizada pela autoexecutoriedade, prescindindo da prática de qualquer outro ato administrativo para que as suas determinações operem efeitos imediatos na condição jurídico-funcional dos

Impetrantes. Inaplicabilidade da Súmula n.º 266 do Supremo Tribunal Federal. 3. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado. 4. O art. 95, parágrafo único, inc. I, da Constituição da República vinculou-se a uma proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério. 5. Segurança denegada. (MS 25938 / DF - Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 24-4-2008, Pleno, v. u.).

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o exercício do magistério pelos juízes na Resolução n.º 34, de 2007.

O magistrado somente pode exercer função de magistério segundo as normas constitucionais e a norma administrativa do CNJ impõe deveres de informação aos magistrados para fins de controle de sua atividade, incluindo relatórios anuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autores mais modernos identificam a Jurisdição como um instrumento de garantia dos direitos previstos no texto constitucional. Essa atividade nitidamente estatal afasta os critérios que pretendem menoscabar o Estado, outorgando aos particulares, poder para dirimir os conflitos sociais (TARUFFO, 2009, p. 21 e seguintes).²⁰

Por outro lado, é assente nos países democráticos mais desenvolvidos, tanto social, como economicamente e também no plano político, que os magistrados tenham algumas garantias fundamentais que os protegem tanto das pressões externas, quanto das internas.

Embora o processo seletivo para ingresso nos quadros da magistratura varie, de sistema para sistema, a análise da conduta dos juízes se revela rigorosa seja qual for o sistema em que se ponham os olhos. Alguns se preocupam com aspectos sexuais, com maior rigor, como os países protestantes e islâmicos. Todos são extremamente preocupados com atos de corrupção, somente variando os atos que poderiam ser considerados como dessa natureza. Muitos controlam as atividades pessoais dos magistrados, incluindo suas amizades e os locais que frequentam.

²⁰ O autor remete aos estudos de Ferrajoli.

Essa visualização quanto à parcialidade do juiz, pela sociedade, é refletida nos órgãos de controle da magistratura, tanto internos, como, no caso do Brasil, das Corregedorias dos Tribunais e, atualmente, da Corregedoria Nacional vinculada ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como os externos, estes de natureza social, como a imprensa, a Igreja, os Sindicatos, os partidos políticos, as partes, os advogados, o Ministério Público. A maior parte dos tribunais possui também Ouvidorias, mas as queixas mais frequentes dizem respeito à morosidade no andamento de processos.²¹

Além disso, o Poder Judiciário, notadamente no âmbito dos Estados federados, tem mais um limitador, que é imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4-5-2000), que atinge os gastos com pessoal e, em muitos locais, esse limite já não mais permite a ampliação dos serviços judiciários, como no Poder Judiciário paulista.²² Para propiciar melhorias nos serviços judiciários, há de se contratar mais servidores e juízes. Normalmente, os critérios de números de juízes por habitantes servem de parâmetros para os Judiciários nacionais.

Esse rigor foi consideravelmente majorado pela edição da chamada “Emenda Constitucional do Teto” aprovada pelo Congresso Nacional (EC n.º 95/2016), que acrescentou o art. 106 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A outorga de garantias aos magistrados é instrumento, reconhecido mundialmente, de preservar a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos (TARUFFO, 2009, p. 35).

REFERÊNCIAS

ABRAVANEL, Philippe. Essai sur le pouvoir du juge. In: ABRAVANEL, Philippe et al. (Org.). **L'indipendenza della giustizia oggi**: judicial independence today: *liber amicorum* in onore di Giovanni E. Longo. Milano: Giuffrè, 1999.

²¹ O Conselho Nacional de Justiça possui uma Ouvidoria e a sua página remete para as Ouvidorias no âmbito do Poder Judiciário Nacional, <<http://www.cnj.jus.br/ouvidoria>>. Acesso em: 24 jul. 2007.

²² Comentário do Ministro Paulo da Costa Leite, em 2001. Na época o Ministro presidia o STJ. Disponível em: <www.jusbrasil.com>. Acesso em: 11 jan. 2010.

BONOMO, Aldo. L'indipendenza "interna" della magistratura. In: ABRAVANEL, Philippe et al. (Org.). **L'indipendenza della giustizia oggi: judicial independence today: liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo**. Milano: Giuffrè, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 106, de 6 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2.º grau. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário de Justiça Eletrônico, n. 61, Brasília, DF, 7 abr. 2010, p. 6-9.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 174, de 12 de abril de 2013. Dispõe sobre a atividade de juiz leigo no Sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário de Justiça Eletrônico, n. 69, Brasília, DF, 16 abr. 2013, p. 2-4.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 1979.

BRASIL. Lei 8.185, de 14 de maio de 1991. Dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 maio 1991.

BRASIL. Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 set. 1992.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de março de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 mar. 1995.

BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei 10.770, de 21 de novembro de 2003. Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho nas Regiões da Justiça do Trabalho, define jurisdições e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 nov. 2003.

BRASIL. Lei 11.999, de 27 de julho de 2009. Altera a composição do Tribunal Regional do Trabalho da 7.^a Região; cria cargos de provimento efetivo e em comissão e funções comissionadas no seu Quadro de Pessoal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jul. 2009.

BRASIL. Lei 12.001, de 27 de julho de 2009. Altera a composição e a organização interna do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região, com sede em Campinas, Estado de São Paulo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jul. 2009.

BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 2009.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Disponível em: <www.stm.jus.br>. Acesso em: 7 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Relatório Justiça em Números destaca resultados da Justiça do Trabalho em conciliações. Disponível em: <<http://>

www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24416763>. Acesso em: 7 ago. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux / Unigranrio / IBRAD, 2002.

CORRÊA, Oscar Dias. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, v. 192, p. 1/28, abr.-jun. 1993.

DAVID, Pedro. Las Naciones Unidas, los derechos del hombre y los principios básicos de la independencia del poder judicial. In: ABRAVANEL, Philippe et al. (Org.). **L'indipendenza della giustizia oggi: judicial independence today: liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo**. Milano: Giuffrè, 1999.

GALOTTI, Luiz Octavio. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, jan.-mar. 1991.

GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre a historia política e administrativa do brasil**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1956.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUILLEN, Victor Fairen. Indenpendencia constitucional y desarrollos de dependencia de los jueces españoles. In: ABRAVANEL, Philippe et al. (Org.). **L'indipendenza della giustizia oggi: judicial independence today: liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo**. Milano: Giuffrè, 1999.

HESPANHA, Antonio. **As vésperas do leviathan**: instituições e poder político: Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, Antonio. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. Rio de Janeiro: Alfa-Omega, 1975.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça Federal: evolução histórico-legislativa. In: **Revista do Tribunal Regional Federal 1.^a Região**, Brasília, v. 8, n. 4, out.-dez. 1996.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: CNJ, 2008.

REIS, Daniel Aarão. **O Supremo Tribunal do Brasil**: notas e recordações. Rio de Janeiro: Mabri, 1968.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Evolução do povo brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1956.

Submissão em: 26 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 6 setembro 2018

Cuestiones de Interpretación y Jerarquía Normativa en Materia Administrativa en un Estado Federal: el caso argentino

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ¹

¹ El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo –UNNE– (Primer Promedio), Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano (*Universidad da Coruña*), Profesor Adjunto de Derecho Administrativo I° en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo I° y II° de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes. Argentina.

1 LA PROFUSIÓN NORMATIVA EN UN PAÍS FEDERAL

Uno de los grandes puntos de partida de todo país civilizado es el que se asienta en la máxima que expresa que “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico” (art. 8 Código Civil y Comercial)².

No obstante, la propia Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) que expusiera dicha máxima³, sostuvo también en numerosos dictámenes que

el conocimiento del vicio –demás de que debe ser fehacientemente acreditado–, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley, ni colegirse de aquella conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado (conf. Dict. 245:280; 259:11).

En tal sentido, sostiene Mertehikian (2014, p. 105):

[...] piénsese en el enorme poder que se le estaría asignando a la administración pública que acudiendo al simple expediente de alegar el conocimiento del vicio por parte del interesado (o que en determinadas circunstancias el interesado no podía desconocer el vicio que afectaba el acto, tomando en cuenta que no puede invocarse el error de derecho) daría como resultado que para obtener la declaración de invalidez

² Así se expresó que desde el momento que en nuestro derecho la ley se presume conocida, si el acto se encuentra afectado de un vicio que conlleva su nulidad absoluta, la Administración debe revocarlo ya que se encuentra en juego el interés público, que está por encima del interés del particular (PTN, Dictámenes 236:91; 265:349).

³ A la luz del viejo art. 20 del Código Civil de Vélez.

del acto administrativo no necesitaría prácticamente en ningún caso acudir a la acción judicial para obtener esa invalidación⁴.

Por otra parte, existen claros institutos que relativizan dicho principio civilista. Tal el caso del instituto del “error en derecho excusable”, especialmente aplicable en los ámbitos tributario y aduanero⁵.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema que:

Para exculpar una conducta –que resulta ser violatoria de los mandatos impuestos por normas jurídicas dictadas por la Dirección General Impositiva– con fundamento en la ignorancia o error acerca del carácter ilegítimo de aquélla, se deberá acreditar fehacientemente que el contribuyente, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta⁶.

También ha declarado que “En determinadas circunstancias, el error o ignorancia respecto de las obligaciones impuestas por el organismo fiscal puede constituir una causal de exculpación”⁷.

Asimismo, ha dicho que “Es de equidad, y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor”⁸.

Otra muestra de flexibilización de la mentada regla está dada por el reconocimiento del “Principio del Informalismo” a favor del administrado como un principio general por parte de las Leyes de Procedimiento Administrativo.

⁴ Agrega más adelante el autor que: “En consecuencia, una interpretación que armonice ambas disposiciones bien podría ser aquella que propugna un sector de la doctrina y según la cual para que el requisito del conocimiento del vicio por el interesado pueda considerarse cumplido, es imprescindible su participación dolosa o maliciosa en la formación del vicio que afecta a dicho acto, no bastando cualquier conocimiento o noticia”.

⁵ Recientemente, la Cámara Federal de Apelaciones del Departamento Judicial de Mar del Plata invocó como argumento a los efectos de sobreseer a un contribuyente el error de derecho extrapenal en materia de evasión simple tributaria, teniendo en cuenta para ello el otorgamiento de la AFIP-DGI de constancias de exención en el impuesto al Valor Agregado (Causa nro. 4.997 –”AFIP s/ Dcia. s/ Pta. Inf. Ley 24.769 (COOP. UFA)”– Cámara Federal de Apelaciones de Mar del plata – 21/09/2010, Publicado el 20/10/2010, [eDial.com - AA647A]).

⁶ Disidencia parcial del Dr. Enrique Santiago Petracchi, causa B. 480. XXIII. Buombicci, Neli Adela s/ apelación de clausura. 8/06/93. Fallos 316:1190.

⁷ Voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez, causa M. 933. XXV. Morixe Hnos. SACI. –T.F. 10460– I - s/ res. apel. de la DGI. 20/08/96. Fallos 319:1524.

⁸ G. 1741. XXXII. García, Carlos Horacio s/ su pedido en causa n° 65 s/ infracción a la ley n° 23.737. 21/08/97. Fallos 320:1824. ED. 1-12-97, nro. 48.350.

Por aplicación de este último, ha decidido el Alto Tribunal que

[...] si las constancias del expediente evidencian que la administración contaba con los elementos de prueba necesarios para acreditar la totalidad del período laboral reclamado, la circunstancia de no haberse invocado en la solicitud de jubilación los referidos servicios no pudo obstar a su consideración al momento de resolverse el otorgamiento de la prestación, en virtud de los principios establecidos para los procedimientos administrativos por el art. 1, incs. a, b y c de la ley 19.549 que son: impulso e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia e informalismo a favor del administrado⁹.

También expresó en otra causa que

[...] corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el mandamiento de ejecución (art. 22 de la Constitución de la Pcia. del Chaco y ley 3183) si al exigir un plazo perentorio no contemplado por la ley reglamentaria para formular el “requerimiento fehaciente” administrativo (art. 2º de dicha ley) en un plazo perentorio no contemplado por la ley reglamentaria, incurre en un injustificado ritualismo en una materia en la que rige el principio de informalismo en favor del administrado (art. 60 del Código de Procedimientos Administrativos local) [...], especialmente teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no podía inferirse que el administrado hubiera perseguido otro fin que obtener un pronunciamiento positivo y concreto respecto de su pretensión, conducta que se compadece con la opción por la vía judicial que prevé la Constitución de la Provincia¹⁰.

En un país federal como la Argentina, donde existen diversos niveles políticos de producción normativa –Nación, Provincias, Municipalidades, Regiones, Entes autónomos e interjurisdiccionales–, de acuerdo a las pautas fijadas en la Constitución Nacional y las consecuentes Constituciones Provinciales, para el jurista avezado ya constituye un verdadero desafío magnificar y organizar la totalidad del plexo normativo, y qué decir del ciudadano común.

A ello debemos sumar el distinto rango de las normas que emiten: Ley formal (Poder Legislativo, y excepcionalmente, el Poder Ejecutivo cuando dicta Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia), Reglamentos administrativos (ejecutivos y autónomos), éstos emanados no sólo del titular de los respectivos Poderes del Estado, sino también por órganos subordinados y entes descentralizados¹¹.

Particularmente evidente resultará el análisis de las competencias de los distintos niveles de Gobierno en la órbita del Derecho Administrativo, pues es una de las materias *ius*

⁹ CSJN, S. 32. XXXVI.; Soto, Juan Gilberto c/ ANSeS s/ jubilación por invalidez. 11/09/2001. Fallos 324:2742.

¹⁰ CSJN, L. 399. XXIII.; Leyes, Lucrecio s/ acción de amparo. 13/08/1992. Fallos 315:1604.

¹¹ Sobre el punto, puede ampliarse en Bianchi (2001, p. 1 a 3).

publicistas que las Provincias se han reservado al momento de formar la Nación Argentina¹², correspondiendo a ésta las que hubiesen sido atribuidas expresamente, de entre las que a su vez existen normas federales y normas de derecho común (art. 75 inc. 12 C.N.).

Sumemos a ello el rango reconocido a los tratados internacionales que, amén de que integran el Derecho Internacional, constituyen fuente del derecho interno con rango superior a las leyes, y con impacto incluso en los órdenes provincial y municipal.

Trazaré un panorama somero acerca de cómo deben interpretarse las fuentes del Derecho Administrativo en la Argentina, si es que la cuestión se hubiere suscitado en una Provincia, donde serán las normas de esta última las que deberán prevalecer a la hora de solucionar el conflicto; luego haré lo propio en el orden administrativo nacional, y finalmente en el ámbito municipal.

Y en ambos supuestos, si ocurriera que no existe norma local idónea para ello, antes de recalar en otra norma distinta, deberá acudirse a los principios generales, o en su caso, construir una solución tomando por analogía otra norma –de derecho común o privado incluso–, pero adaptándola a los principios del derecho administrativo.

1.1 Conflicto Originado en el Ámbito de una Provincia, en un Supuesto de Ausencia de Norma Provincial Específica

Como cuestión previa, debo señalar que el Derecho Administrativo adquiere autonomía científica a fines del Siglo XIX, siendo concebido como un régimen exorbitante, noción que refiere al abandono de la órbita del Derecho Privado, mediante el establecimiento y desarrollo de principios propios, diversos al de este último.

El Derecho Administrativo Argentino es el resultado de una doble filiación histórica, pues se ha tomado el sistema judicialista propio del derecho norteamericano inspirado en el *rule of law*, y la noción del *droit administratif* del derecho continental europeo, especialmente francés y español (REVIDATTI, 1984, p. 134).

¹² Al respecto, expresa la Constitución Nacional: Artículo 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución, al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Agrega el Artículo 122: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal”.

El Derecho administrativo está compuesto por prerrogativas y garantías: las primeras habilitan al Estado a ejercer potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico, reconociendo como límites las garantías que el mismo ordenamiento otorga a los particulares.

Entre las características propias del régimen administrativo, diferentes a las existentes en el derecho privado, encontramos la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la existencia de un régimen contractual y dominial especial, así como un régimen demandabilidad que impone ciertas cargas a los accionantes como el agotamiento previo de la vía administrativa, la existencia de plazos breves de caducidad y un singular sistema de ejecución de sentencias.

En la otra cara, tenemos que el ejercicio de tales potestades encuentra límite en las garantías de los particulares, como ser la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, la tutela judicial efectiva, así como la razonabilidad, entre otras.

No obstante la singularidad del régimen administrativo, existen en éste instituciones tomadas del Derecho Privado, especialmente del Derecho Civil¹³, como el contrato, el dominio, la responsabilidad, las cuales se han modulado en función de los especiales principios dogmáticos del Derecho Administrativo.

Sentado lo que antecede, supongamos que tenemos un caso planteado en la Provincia de Corrientes, ésta en ejercicio de sus poderes reservados, dictó –entre otras– la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos, prescribiendo en su Sección II, bajo el rótulo “Norma Implícita, Analogía, Principios Generales”, así:

Art. 5. El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas administrativas no escritas y, a falta de ellas, regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, el Código de Procedimientos en lo Penal, y las demás leyes de la provincia, en ese orden. Si aun así no pudiese resolverse la cuestión planteada, se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local. Sólo si el asunto sigue sin encontrar solución, se recurrirá a las leyes análogas del derecho nacional y a los principios en que ese derecho se funda.

De tal modo, a las normas nacionales –aún las de derecho común– podrá acudir sólo cuando en el orden local no se hubiese hallado la norma que brinde la solución al caso

¹³ Al respecto, ver Retortillo Baquer (1996).

administrativo no previsto de modo expreso. Y cuando se acudiera a ellas, será a fin de extractar un principio jurídico que sirva para construir la norma que, modulada por vía analógica, sirva para dar la solución al caso regido pura y exclusiva por el derecho administrativo local, incorporándose así al plexo de principios de derecho público que regulan el caso.

Tempranamente, la Corte Suprema ha señalado que

[...] las reglas de los arts. 1037 y sptes. del Cód. Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina¹⁴.

Más recientemente, reivindicando no sólo la competencia de los tribunales provinciales, sino también los principios de derecho público local aplicables para la solución del caso, a partir del caso “Barreto”¹⁵, la Corte Suprema se ha desprendido del conocimiento en instancia originaria de pleitos otrora tramitados en su sede, efectuando para ello un concepto restrictivo de lo que debe entenderse por “causa civil”.

En efecto, a partir del caso, el Alto Tribunal sostuvo:

8º) [...] quedan excluidos de tal concepto (causa civil) los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sptes. de la Constitución Nacional (Fallos: 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros).

Seguidamente, expuso magistralmente el Alto Tribunal

[...] 10) Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública”

¹⁴ CS, 30/06/1941. Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno nacional. Fallos 190:142, criterio reiterado –entre otras– en la causa: “Sosa de Basso, María Angélica v. Provincia de Buenos Aires”, 18/08/1987, Fallos 310:1578. Véase un comentario al método analógico en función del primero de los casos citados, el excelente libro de Linares (1976).

¹⁵ B. 2303. XL. “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro” del 21-03-2006 (Fallos 329:759).

propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado (confr. MARIENHOFF, n^{ros}. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; FIORINI, 1968, Primera Parte, Capítulo IV, págs. 82, 83, Segunda Parte, Capítulo I, págs. 1103, 1112, 1113, 1131; FORSTHOFF, 1958, p. 427).

Agregó la Corte en dicha causa –en lo que al presente caso resulta pertinente– que:

[...] 11) Que lo expuesto conduce necesariamente –a fin de resolver el caso– al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (Fallos: 312:606; 319:1407; 322:617). 12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos – entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados– aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (FIORINI, 1968, primera parte, págs. 90 y sgtes.). Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadra el presente caso (FIORINI, 1968, primera parte, pág. 92 y sgtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231) [...]

Finalmente, en su Considerando 13) completó diciendo –en lo que aquí concierne– que: “[...] (l)a actividad de los órganos del Poder Ejecutivo [...] se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho” (art. 1º, ley 12.008) [...]”¹⁶.

En una causa donde se demandara a la Provincia de Corrientes por un supuesto de responsabilidad “contractual”, sostuvo la Corte que resultaba

ajena a su competencia originaria la demanda contra la Provincia de Corrientes con el objeto de obtener el reintegro de la indemnización pagada a su asegurado –el Instituto

¹⁶ Similar a la presunción contenida en el art. 3 de la Ley 3.460 en conexión con el art. 2º de la Ley 4.106 (Código Contencioso Administrativo) de la Provincia de Corrientes.

Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (I.N.C.A.A.)–, por la sustracción de equipos en una dependencia de la Subsecretaría de Cultura local, donde se encontraban guardados en cumplimiento de un convenio celebrado con la demandada, sin que obste a ello la circunstancia de que se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales de derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate¹⁷.

Ahora bien, en caso de que exista una norma administrativa que regule el tema, no es dable acudir a normas del derecho privado que regulen instituciones análogas en dicho ámbito¹⁸, debiéndose agotar primero la búsqueda en las normas administrativas.

En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema que:

Puesto que la indagación acerca de la aplicación analógica en la esfera administrativa de las normas del derecho civil relativas a las nulidades, resulta innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente la materia del caso, cabe concluir que, en el sub lite, antes de establecer si el Estado Nacional puede invocar a su favor el notorio desequilibrio de las prestaciones en los términos del art. 954 del CC para revocar el convenio de prórroga motivo del pleito, corresponderá examinar la validez de esta

¹⁷ CSJN, L. 1954. XL; ORI La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. c/Corrientes, Provincia de s/cobro de sumas de dinero. 15/05/2007. Fallos 330:2268.

La doctrina de “Barreto” ha sido reiterada por el Tribunal en causas en las que se atribuye responsabilidad extracontractual al Estado local por los daños y perjuicios causados por la inundación de campos originada en obras públicas realizadas por la provincia: Z. 110. XLI. ORIGINARIO Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios, Sentencia del 09-05-2006, Fallos: 329:1603; por el ejercicio de funciones administrativas: K. 363. XL. -”Krinsky, Diana Ruth c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios” –CSJN– 16/05/2006, Fallos: 329:1684; por el ejercicio de funciones jurisdiccionales: causa “Contreras”, Fallos: 329:1311; A. 2269. XXXVIII – “Ayerza, Héctor José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” –CSJN– 23/05/2006; D. 1759. XLI – “Durán, Rodrigo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” –CSJN– 23/05/2006; por el ejercicio del poder de policía de seguridad, causa A. 820. XXXIX. ORIGINARIO – “Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/ daños y perjuicios” –CSJN– 30/05/2006, Fallos: 329:2069; en materia ambiental: M. 1569. XL. ORIGINARIO. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo), del 20-06-2006, Fallos: 329:2316; poder de policía de salud, causa L. 171. XLI. ORIGINARIO Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios del 11-07-2006, Fallos: 329:2737; servicios penitenciarios locales, causa “Blackie” Fallos: 329:3065; error registral, S.366.XXXVII “Securfin SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 17 de julio de 2007, Fallos: 330:3447; así como en las causas B. 665. XLI. ORIGINARIO Bichini, María Magdalena c/ Corrientes, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios del 26-03-2006; B. 652. XXXIX. ORIGINARIO Bathiche, Gimena Paola c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios del 25-04-2006, “Provincia de Entre Ríos c. Amado, Héctor y otra” del 17/02/2009 (Fallos 332:97), en esta última siendo actora la Provincia, donde además se citó el caso H.213.XLII “Heredia, Jorge Hugo c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 13 de marzo de 2007.

¹⁸ Una posición contraria al recurso al Derecho Civil para resolver casos administrativos, ha sido sostenida de manera elocuente por Vergara Blanco (2010), cuya lectura recomiendo.

contratación y del subsiguiente acto revocatorio a la luz del régimen previsto por la ley 19.549¹⁹.

Sentado lo que antecede, podemos analizar lo acontecido con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (ley 26.994, B.O. 08/10/2014) cuyos artículos 1764 y 1765 prescriben la inaplicabilidad directa o subsidiaria de sus normas a los casos de responsabilidad del Estado, remitiendo a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Paralelamente, en el orden Nacional se sancionó la Ley 26.944 (08/08/2014), aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional y sus entes descentralizados (supletoriamente a la responsabilidad contractual), la que amén de reiterar que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos (art. 11).

Algunas provincias dictaron regímenes especiales, bien adheriendo a la norma nacional con pequeños cambios (Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz; Ley 7179 de la Provincia de Santiago del Estero), o bien, estableciendo sustanciales agregados y reformas (Ley I-560/2015 de la Provincia de Chubut; Ley 8968 de la Provincia de Mendoza).

En algunas provincias que no sancionaron una ley especial, la jurisprudencia se expidió por la aplicación analógica del Código Civil y Comercial, conforme precedentes previos, adjudicando incluso la competencia a los tribunales civiles, expresando que:

Si la provincia no ha adherido a la ley nacional de Responsabilidad del Estado, ni ha sancionado legislación específica sobre la materia, y tampoco existen “normas y principios del derecho administrativo” local aplicables, ni existieron antes de la sanción del Cód. Civil y Comercial, ello no constituye ni puede constituir impedimento legal para cumplir con el principio *alterum non laedere* de raíz constitucional y con el “deber de resolver” que tiene el juez, pudiendo ser aplicada la legislación referida, en forma analógica, pues esto no está vedado²⁰.

¹⁹ CS, 17 de Febrero de 1998. - S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (S.1713.XXXII.R.H.). ED, 177-749. Fallos 321:174.

²⁰ STLaPampa, 24/05/2016, “Varela, Nicolás Mauricio E. c. Provincia de La Pampa y otro s/ Accidente acción civil s/ competencia”, LLPatagonia 2016 (octubre), 2, con nota de Pablo Daniel Rodríguez Salto; AR/JUR/41850/2016). En análogo sentido, por la aplicación analógica de normas civiles, CJSalta, 18/05/2016, “C., R. D. c. M., J. M. –Provincia de Salta (policía de la provincia de Salta) s/ recurso de apelación”, LLNOA2016 (diciembre), 12 - RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, 138, AR/JUR/64978/2016.

A tenor de los conceptos señalados, y sin perjuicio de lo resuelto en otras latitudes, entendemos que en las provincias donde no han dictado normas especiales sobre la Responsabilidad del Estado, existen diversas alternativas hermenéuticas, a saber: o se acude a las normas civiles de manera analógica, que como sostuviera la Corte Suprema, no son sólo civiles sino que conforman el plexo de principios de derecho público llamados a regir el caso administrativo no previsto, o bien, se construye la solución por vía analógica a partir de normas locales de derecho público, aun cuando regulen de manera fragmentada supuestos específicos de responsabilidad, por aplicación del principio *alterum non laedere*.

Si se tratara de la responsabilidad del Estado en la Provincia de Corrientes, por aplicación de la norma del art. 5º de la Ley 3460 (y art. 115 de la Ley 4.106), agotada que fuera la búsqueda en normas locales sin hallar la solución, el auxilio a las normas nacionales y a los principios en que se funda debe serlo respecto de las que integran el subsistema jurídico en el que se engarza el tema, es decir, el derecho administrativo, pudiendo entonces acudir por esa vía a la Ley Nacional 26.944²¹.

1.2 Conflicto Suscitado en el Ámbito de Competencia Nacional, sin contar con una Regla Pensada para el Caso

También aquí vamos a analizar un supuesto, resuelto recientemente, donde no se contaba con una regla apta para brindar la solución a la que arriba el Máximo Tribunal argentino.

Analizaré para ello el caso “Ramos”²², fallado por el Alto Tribunal, respecto de la situación del personal “contratado” de la Administración Pública, a quien luego de sucesivas renovaciones del vínculo, se decide finalizarlo transcurridos plazos irrazonables, luego de un desempeño ininterrumpido de veintiún años²³.

²¹ Acerca de la incidencia del Código Civil y Comercial en materia administrativa, puede verse con provecho la obra de Balbín (2016).

²² CS, 06/04/2010. - Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/indemnización por despido (R. 354- XLIV). EDA, [2010] - (12/05/2010, n.º. 12502). Fallos 333:311.

Cabe remarcar que existe un antecedente similar recaído en la causa B. 688. XXII. Bolardi, Irraul Guillermo c/ Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) - Instituto Geográfico Militar. 27/12/1988. Fallos 311:2799), donde expresó que: “Carece de sustento la alegación de la demandada en el sentido de que se trató de un convenio de duración limitada si la relación laboral se extendió, sin solución de continuidad, durante veintiún años”. En dicha causa, no obstante, se acudió por analogía a la Ley de Contrato de Trabajo para sustentar el deber de reparar y el quantum indemnizatorio.

²³ Los hechos relevantes son los siguientes: el actor ingresó como técnico para desempeñarse en la Armada Argentina en el año 1976. En un comienzo la contratación fue realizada como locación de obra y, posteriormente –a partir del año 1981– su relación fue encuadrada en el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73. La demandada renovó el contrato del actor en sucesivas oportunidades durante veintiún años y, finalmente, en abril de 1998, mediante la disposición DIAP 71/98 del Director del Armamento del Personal Naval, decidió resolver el vínculo con fundamento en las restricciones presupuestarias establecidas por la ley 24.938.

Se destacó que la norma aplicable al caso –decreto 4381/73– autorizaba a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión. Sin embargo, la norma limitaba la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años (artículos 26 del decreto y 17, inciso a, de la reglamentación). No obstante, la demandada contrató al actor en el marco del decreto 4381/73 por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma²⁴. Además, hurgando en el principio de primacía de la realidad, ponderó el tribunal que del legajo personal de Ramos resultaba que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual (fs. 9/36); que se le reconocía la antigüedad en el empleo (fs. 98, 99 y 101); y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador (fs. 97 y 105).

Luego (Considerando 5º), expuso acerca de los vicios del acto de segregación, y sostuvo que el conjunto de circunstancias fácticas reseñadas, unido a la violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permitían concluir que la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.

Seguidamente –Considerando 6º)–, hizo sutilmente gala del principio de confianza legítima, diciendo

[...] Que, en tales condiciones, el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”. Por ese motivo, cabe concluir que la demandada ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio.

A continuación, la Corte diferencia el supuesto de Ramos del que existiera en el precedente “Gil”, donde hizo aplicación de la doctrina del voluntario sometimiento a un régimen, sin

²⁴ Sin embargo, no puede pensarse que ese fue el motivo por el cual fallara a favor del actor. La mejor muestra está dada por lo expresado en la causa fallada el mismo día in re: S. 2225. XLI. RECURSO DE HECHO Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido; donde rechazó la acción por considerar “[...] que las circunstancias de este caso difieren sustancialmente de las discutidas y resueltas en la causa R.354.XLIV ‘Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) A.R.A. s/ indemnización por despido’, fallada en la fecha, porque en el sub examine la actora no ha logrado acreditar que la Auditoría General haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado [...]”.

reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos: 312:245). Esto es así, porque en el caso la procedencia de la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor, en el caso, el Estado Nacional.

También distinguió de la situación reiteradamente señalada acerca de que “el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor”, manteniendo sobre el punto la doctrina ya fijada con anterioridad acerca de que ello no alcanza para transformar el vínculo transitorio en uno de carácter estable²⁵. No obstante, de haber en el pasado negado derecho a reparación alguna, ahora entendió que sí le asiste tal derecho por los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, aunque no podría solicitar su reincorporación al empleo ni a la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le corresponde. En particular, no podía sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo, porque ello vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resultaría ilegítima (artículos 75, inciso 8 de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156)²⁶.

Pero es a continuación, cuando llega el momento de determinar el quantum indemnizatorio, donde el Alto Tribunal verdaderamente construye una regla, tomando para ello una norma inaplicable al caso –Ley Marco de Empleo Público–, y tomando de ella una regulación

²⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha decidido de manera concordante que “[...] el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración (doctrina de Fallos 310:195, 1390; 312:245 y reiterada en la causa C.567 XXXIV” Castelluccio, Miguel Á. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido”, fallada el 5/10/1999. Idem Corte Sup., 23/8/2001 - Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación. Lexis N° 30001984).

²⁶ Conf., “Ramos”, Considerando 8º. Agregó que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. En lo que aquí interesa, el artículo 8 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente. De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa “Madorrán” (Fallos: 330:1989), porque en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo.

pensada para un supuesto diferente (el de la situación del personal de planta permanente que luego de ser puesto en disponibilidad, es dado de baja y a cambio, se le otorga una indemnización tarifada).

En el Considerando 9º, luego de valorar que por el modo en el que se desarrolló la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado, razón por la que encuadró el supuesto como de reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, debiendo buscarse la solución en el ámbito del derecho público y administrativo.

Para establecer el quantum, sostuvo el Alto Tribunal que

[...] a fin de establecer el importe, y a falta de previsiones legislativas específicas, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso. De ahí que se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso²⁷.

1.3 Conflicto Suscitado en el Ámbito de Competencia Municipal

El Artículo 123 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma de 1994, ha reconocido la “autonomía municipal”, expresando que

Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines [...].

²⁷ Abona la solución normativa del caso, el criterio sentado por la Corte desde el caso Gil, Carlos Rafael c/ Universidad Tecnológica Nacional, Fallos 312:245, donde frente a la pretensión de que se aplique supletoriamente la Ley de Contrato de Trabajo al personal contratado de la Administración Pública, no obstante la expresa exclusión de aquella de su ámbito de aplicación, salvo acto expreso que así lo determine, sostuvo que: “Frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Universidad Tecnológica Nacional, sean de carácter permanente o no, y a la disposición del Artículo 2º, inciso a), de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual dicha ley no es aplicable a los dependientes de la Administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en su régimen o en el de las convenciones colectivas de trabajo, es inatendible la pretensión del actor de que su situación se excluya del régimen del Derecho público, para regirse por el Derecho laboral, al no existir el acto de inclusión que exige el citado Artículo 2º”. El criterio fue reiterado luego, en el caso de una agente temporaria municipal, en la causa “Leroux de Emede, Patricia c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 314:376).

No es posible, sin embargo, predicar de manera uniforme el concepto que a dicha autonomía dará cada Provincia al dictar sus constituciones. No obstante, centraré mi análisis al caso de la Provincia de Corrientes, cuya Constitución reformada en el año 2007, ha fortalecido la autonomía municipal ya proclamada en la anterior reforma de 1993, y la ha explicitado en diversas normas que obran en el Título Tercero relativo al “Gobierno Municipal”.

Una de ellas ha sido la consignada en su Capítulo I “De los Municipios”, Art. 216, donde luego de reconocer al municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional, expresa que su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso²⁸.

A continuación establece la prevalencia de normas locales en materia estrictamente local, en los siguientes términos: “Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local.”.

Dicha norma supone la primacía de la normativa municipal –Carta Orgánica y Ordenanzas dictadas en consecuencia– por sobre las “leyes” provinciales e incluso nacionales que pretendan interferir en las materias atribuidas exclusivamente a los Municipios²⁹.

Interpretando el alcance de dicha norma constitucional nacional del art. 123 junto a la del art. 5, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁰ que

[...] de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en

²⁸ La potestad legislativa de la Provincia, sea a través de la Ley Orgánica de Municipalidades u otra norma especial, quedará reducida a aquellas cuestiones que, por exceder las cuestiones estrictamente locales de cada municipio, abordan aspectos que involucran a todos ellos, como ser las relativas al régimen de coparticipación tributaria, o respecto a los procesos judiciales provinciales que involucren a Municipios, así como la fijación de sus límites territoriales. Entiéndase que ello en tanto se pretendan limitar potestades municipales. No obsta a que por vía legislativa pudieran ampliarse las facultades reconocidas por la Constitución Provincial.

²⁹ Otro tanto ocurre en su Artículo 217 cuando expresa en su primer párrafo que: “Todo centro de población con asentamiento estable de más de mil (1.000) habitantes constituye un municipio”, o cuando en su Artículo 219: “Los municipios tienen el derecho de establecer su propio orden normativo mediante el dictado de Cartas Orgánicas sancionadas por una Convención Municipal, que deben asegurar los principios del régimen democrático, representativo y participativo, y demás requisitos que establece esta Constitución. Mientras los municipios no dicten sus Cartas Orgánicas se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades”.

³⁰ Causas C. 2573. XXXVIII. Y C. 2330. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar, Sentencia del 04-04-2006, Fallos 329:976.

tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) [Fallos: 304:1186, entre muchos otros]. Dentro de este contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes provincias a las que pertenecen (art. 51 y 123).

Y, en especial, a la registrada en Fallos: 156:323 que, según expresa

[...] el régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 51) consiste en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto [...] y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas [...] (Fallos: 320:619 y 321:1052)³¹.

También la Corte ha calificado a las ordenanzas como “leyes” municipales, diciendo que “Las ordenanzas emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; es, como la ley, una expresión –soberana– de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada”, por lo que

El principio de inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales es inaplicable a los actos normativos de sustancia legislativa como son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobran plena vigencia las reglas generales de “lex posterior derogat priori” y “lex specialis derogat generalis”³².

Y en punto a la distinta entidad frente a las Provincias, tiene dicho desde antaño el Alto Tribunal que

“[...] las comunas con asiento en las provincias, ya sea que las considere como entes autárquicos –como fue sostenido a partir de Fallos: 114:282–, o autónomos –según la reformulación de la doctrina del Tribunal a partir de Fallos: 312:326– no resultan identificables con el Estado provincial”³³.

³¹ Ya con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido la autonomía de los municipios en la conocida causa “Rivademar” (Fallos 312:326), declarando –entre otras cuestiones– que: “La necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución Nacional determina que las leyes provinciales no sólo puedan legítimamente omitir establecerlos, sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido, entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de su personal, designarlo y removerlo”, y que “Si los municipios son órganos de gobierno, resulta inconcebible que ese gobierno, bien que se ejerza en un ámbito limitado territorial y funcionalmente, esté desprovisto del poder de designar y remover a sus empleados”.

³² P. 457. XXI. Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso-administrativa. 24/08/89. Fallos 312:1394.

³³ Confr. Fallos: 312:1457, 314:405 y 319:1407, entre otros, reiterado en causa E. 69. XXXVII. ORIGINARIO Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Chaco, Provincia del s/ inconstitucionalidad, del 17-07-2001, Fallos 324:2066.

La posible lesión a la autonomía municipal por la irrazonable interferencia en cuestiones internas del municipio ha sido ponderada por la Corte Suprema en una demanda tendiente a resguardar la garantía consagrada por los constituyentes en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, vulnerada por las leyes VIII 0561 2007 y XI 0560 2007 de la Legislatura Provincial de San Luis y demás actos dictados en consecuencia, y que fueran llevadas a cabo con el sólo propósito de interferir en el comicio municipal y en el ejercicio de los derechos políticos de los electores de la ciudad de San Luís, sin sujeción al principio de razonabilidad contemplado en el art. 28 de la Constitución Nacional, haciendo lugar asimismo a la medida cautelar peticionada³⁴.

Sentadas tales premisas, analizaré un caso suscitado en el ámbito municipal de la Ciudad de Corrientes, vinculado a contrataciones y administración financiera.

Teniendo en cuenta su condición de municipio de primera categoría, ya durante la vigencia de la Constitución Provincial reformada en 1993, la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes sancionó su propia Carta Orgánica Municipal³⁵, segundo lugar donde debemos indagar acerca de las potestades de la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes (luego claro está, de la Carta Magna Provincial dictada en función de los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional).

La Carta Orgánica Municipal asigna en forma primaria la competencia legislativa sobre el régimen de contabilidad al Honorable Concejo Deliberante, cuando prevé en su Artículo 101: “El régimen de contabilidad de la Municipalidad será el que dicte el Honorable Concejo Deliberante”. No obstante, la propia Carta Orgánica contempló la solución ante la omisión del Honorable Concejo Deliberante en el dictado de la Ordenanza sobre el régimen de contabilidad municipal, y entonces previó que “Hasta tanto el Honorable Concejo Deliberante dicte el régimen de contabilidad de la Municipalidad regirá la Ley de Contabilidad de la Provincia.” (Artículo 162).

Mientras estuvo vigente, se aplicó la Ley de Contabilidad de la Provincia de Corrientes N° 3.175, hasta mediados del año 2004, cuando entrara en vigor la Ley de la Administración Financiera y de los Sistemas de Control, Contrataciones y Administración de los Bienes del Sector Público Provincial y Régimen de Responsabilidad N° 5571 (B.O. 29/07/04), la que se aplica desde entonces –antes que nada– por la remisión efectuada por el art. 162

³⁴ M. 747. XLIII; ORI Municipalidad de San Luís c/San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza. 11/07/2007, Fallos 330:3126.

³⁵ Publicada en Boletín Oficial Municipal Año XXI, N° 542 del 11 de junio de 1997. Actualmente se encuentra vigente la misma Carta Orgánica, con sustanciales reformas operadas en 2013.

de la Carta Orgánica Municipal, en defecto regulatorio atribuido primariamente al Municipio por el art. 101 transcripto supra³⁶.

Por lo tanto, existen normas previstas en la Ley 5571 que están pensadas para la Administración Pública Provincial, que en la medida en que se opongan con las mentadas a nivel municipal, la interpretación armónica³⁷ que concilie ambas indica que prevalecen las municipales salvo que la incompatibilidad resulte evidente (conf. Art. 216 último párrafo Constitución Provincial).

Un ejemplo de lo expuesto ocurre con ciertos órganos creados por la Ley 5571 para la Provincia, como ser el Contador y Tesorero, que poseen requisitos de ingreso y permanencia en el cargo distintos a los que, en el ámbito municipal, están consagrados para quienes ostentan y ejercen los cargos y funciones equivalentes, donde por revestir el carácter de Directores Generales de Contaduría y Tesorería respectivamente, carecen de estabilidad por hallarse excluidos –los Directores Generales– del “Estatuto Único para el Personal Municipal de la Ciudad de Corrientes” aprobado por Ordenanza N° 3641/2001 (conforme su art. 4°).

En el ámbito municipal (como ocurre en todos los regímenes), la estabilidad sólo alcanza al personal permanente que hubiese ingresado conforme al procedimiento de concurso

³⁶ Ante ello, resulta irrelevante que la Ley 5571 formulase la invitación a los Municipios a adherirse (art. 152), adhesión innecesaria en el caso de Capital, pudiendo tener gravitación respecto de los municipios de tercera categoría, o los de segunda que no hubiesen dictado su propia Carta Orgánica –de acuerdo a la categorización efectuada por la Constitución reformada en 1993–, pero nunca respecto de los Municipios de primera categoría, en los términos del texto constitucional anterior. Así como la Ley Provincial no podría limitar las atribuciones conferidas por la Constitución Provincial y por la Carta Orgánica Municipal dictada en su consecuencia, menos aún podría condicionarse la vigencia y aplicación de normas jurídicas dictadas por el Municipio a través de su Departamento Legislativo, y en ausencia de regulación propia, de las normas que en su Carta Orgánica Municipal están previstas como de aplicación supletoria.

³⁷ En este sentido, ha dicho la Corte Suprema que “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y en ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma” (Fallos: 310:1390; 312:1036; 327:1507, 4200).

Asimismo, que “la interpretación debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial” (Fallos: 311:255; 317:1440).

De manera concordante, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero –en cambio– el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 313:1293; 315:2668; 316:1927, entre muchos otros).

de antecedentes y oposición³⁸, en cargos vacantes y siempre y cuando hubiesen cumplido los seis meses de servicio efectivo (confr. Art. 83 Carta Orgánica Municipal, y arts. 6, 7, 8 y 13 Ordenanza 3641, y Ordenanza N° 3.571).

En ese supuesto –tomado como ejemplo– se advierte claramente que el hecho de que en ausencia de sanción de la Ordenanza específica se aplique el régimen de contabilidad provincial –hoy Ley 5571–, no significa que la extensión se opere respecto de los órganos rectores del sistema, ni los restantes órganos creados por dicha ley para funcionar en el ámbito provincial, ni a las atribuciones que la Ley provincial les hubiese asignado.

Es que los funcionarios que en el Municipio están llamados a cumplir las funciones equivalentes a los que en la Provincia cumplen los roles de Tesorero y Contador General, respectivamente, poseen recaudos de ingreso, permanencia y cese que ninguna similitud guardan con los provinciales. La propia denominación como “Directores Generales” nos remite necesariamente a la norma del art. 4° que, al igual que al Intendente, Secretarios, Concejales, entre otros, excluye del ámbito de aplicación de la Ordenanza N° 3641, por ser funcionarios de naturaleza política, de confianza o de conducción, encuadrados en el art. 43 inc. 4° de la Carta Orgánica Municipal³⁹.

³⁸ El ingreso por concurso constituye un imperativo reglado impuesto como “deber” por las normas jurídicas, desde la Constitución Nacional cuando en su art. 16 establece que “todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad [...]”, la cual se acredita a través de los procedimientos de selección establecidos por las normas reglamentarias, pasando por la Constitución Provincial cuando en su art. 24 prescribe que “los empleos públicos se concederán a todas las personas bajo el sistema del mérito [...]”, que se acredita obviamente por los procedimientos de selección reglados por las normas, y finalmente por la Carta Orgánica Municipal, cuando en su Artículo 83 prescribe de manera categórica que: “El ingreso del personal y la carrera administrativa en los agrupamientos y cargos previstos en el escalafón municipal, será sin excepción por el sistema de concurso público de antecedentes y oposición, el que será reglamentado por Ordenanza[...]” (siendo reglamentado por las Ordenanzas N° 3571 y 3641).

³⁹ La interpretación señalada ha sido corroborada por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en Sentencia N° 82 del 20-08-2008, Expediente N° C07-13493/6, caratulado: “Grebe, José Miguel c/ Municipalidad de la Ciudad de Ctes. S/ Amparo”, donde señalara en el Considerando V.- que “[...] los motivos tenidos en vista por el Municipio capitalino en la anterior gestión de gobierno para proceder a su designación como Director General de la Tesorería, resulta que este caso es análogo al decidido por este Superior Tribunal a través de la sentencia N° 147/2007 pronunciada en autos ‘Cáceres Alicia Margarita’ (Expte N° 43365/6), en el cual se resolvió que sin lugar a dudas la designación como Director General (en el precedente que cité lo fue en la Contaduría de la Municipalidad de la ciudad de Corrientes –resolución N° 023 de fecha 12 de diciembre de 2.001), no otorga derecho a la estabilidad y en mérito a lo reglado por el artículo 4 inciso a) del Estatuto aprobado por Ordenanza 3641/2.001, quedó excluida el cargo de esa normativa, siendo atribución del Departamento Ejecutivo Municipal (art. 43, inciso 4. Carta Orgánica) remover a los Secretarios y demás empleados de la Municipalidad, cuyo nombramiento o designación no está regulado de otra forma [...]”. Agregó más abajo “[...] El nuevo Intendente dio por terminada la gestión de un funcionario de confianza que integró el gabinete anterior y como tal, no estaba comprendido en el Estatuto del Personal Municipal en la categoría de personal permanente. Tampoco resulta válido el argumento esgrimido por el actor al pretender su asimilación al cargo de Tesorero General o Contador General de la Provincia en los términos de la ley 5571 de Administración Financiera de la Provincia, ley que estima aplicable a su situación en tanto el art. 152 de esa normativa expresa que los Municipios que no tengan una legislación propia en la materia se regirán por sus disposiciones; ello ni bien se constata que la demandada cuenta con la Ordenanza regulatoria del empleo público municipal anteriormente referida, reglamentaria a su vez de lo reglado en la Carta Orgánica Municipal, por lo que a la situación particular aquí analizada no resulta aplicable la ley 5571. Aquella normativa municipal otorga pues suficiente fundamento al obrar municipal. Siendo de esta manera, no puede invocar el demandante a su favor la estabilidad [...]”.

El caso traído como ejemplo, sirve tan sólo para evidenciar que salvando los órganos mentados en la Ley provincial, y algún otro aspecto cuyo análisis excede claramente la extensión de la presente, demuestra que la aplicación de la ley 5571 en la órbita municipal debe realizarse de manera armónica con las restantes normas, comenzando por la Carta Orgánica Municipal, que asignan competencia al Municipio de manera primaria, las que desplazan –en el punto– a las normas provinciales aplicables supletoriamente. Precisamente, la supletoriedad supone la inexistencia de norma expresa del órgano competente, y habiéndola, se aplica la norma emanada de este y no la supletoria.

Lo propio cabe decir en materia de contrataciones, donde si bien la Ley 5571 contempla normas generales sobre la materia, no se debe descuidar la existencia de regulaciones especiales dictadas por la Municipalidad sobre contratos administrativos (vgr. Ordenanza N° 3193 de Transporte Público de Pasajeros; Ordenanza 3581 de Obras Públicas; Ordenanza N° 2.468/93 y su modificatoria N° 3408/98 de Protección a la Libre Iniciativa Privada; Ordenanza N° 3641 de Empleo Público, entre otras), las que deberán interpretarse armónicamente con aquélla.

Téngase en cuenta que no es la única Ley Provincial que se aplica en el ámbito municipal por ausencia de una Ordenanza Municipal específica. Un ejemplo está dado por la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, que rige supletoriamente no obstante que corresponde al Honorable Concejo Deliberante “Dictar normas sobre procedimientos administrativos” (Art. 25, inciso 21, Carta Orgánica Municipal).

La Ley 3.460 es la norma provincial general de Procedimientos Administrativos cuya aplicación al ámbito municipal data de tiempos previos al reconocimiento constitucional expreso de la autonomía municipal⁴⁰ y que, obviamente, quedará desplazada en su aplicación por la existencia de Ordenanzas de procedimientos administrativos especiales⁴¹.

⁴⁰ Así prescribe en su Artículo 285 que: “Las Municipalidades deberán ajustar su organización para la aplicación de la presente Ley [...]”, imposición que adolece de inconstitucionalidad sobreviniente, pues no puede desde la Legislatura Provincial imponerse una norma a los Municipios, quienes podrán adherir expresamente o dictar su propia Ordenanza General de Procedimiento Administrativo, quedando –en el mejor de los casos– como supletoria de otros procedimientos especiales.

⁴¹ Artículo 1.- Esta Ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquella que tenga régimen establecido por ley especial, en cuyo caso aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria.

Artículo 2.- Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo que lo impida la naturaleza del entero de su actividad.

Artículo 3.- Se presume regida por el derecho público, toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y las demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surjan en forma indudable del tipo de función ejercida.

1.4 Conflicto entre una Norma Nacional (de Derecho Común) con una Norma Local (Provincial o Municipal) Específica

Seguidamente, resulta muy ilustrativo un caso acerca del conflicto que podría suscitarse cuando el operador jurídico, tentado a buscar en la norma general que regula el instituto de los instrumentos públicos –art. 979 y ss. del Código Civil, y arts. 289 y ss. Código Civil y Comercial actualmente vigente– omita ponderar la existencia de normas locales que diseñen y regulen instrumentos públicos especiales de dicho ámbito.

En punto a la prevalencia de normas municipales que diseñan procedimientos y recaudos que deben reunir las Actas labradas por funcionarios municipales, respecto de normas generales plasmadas en el art. 289 y concordantes del Código Civil y Comercial relativa a los instrumentos públicos, resulta destacable lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia local mediante Sentencia N° 16 del 10-03-2009, en el Expediente N° ETF 5252/7 caratulado “Expte. Administrativo en la causa N° 3318-P-05 c/ Propietario del vehículo dominio BGZ –490, del Juzg. de Faltas N° 1– Capital”, en el que entendió que

[...] habiendo controlado las Actas cuya impugnación se pretende, conforme a los recaudos exigidos en el art. 26 de la Ordenanza Municipal N° 3588/00 (modificatoria del Código de Faltas Municipales), se aprecia que aquellas, cumplen con los requisitos detallados desde el inc. a) al e). Disposición que a continuación se transcribe: “Art. 26º: El agente que en virtud de sus funciones compruebe una infracción labrará de inmediato un acta que contendrá los elementos necesarios para determinar claramente: a) El lugar, fecha y la hora de la comisión del hecho o de la omisión punible. b) La naturaleza y la circunstancia de los mismos y las características de los elementos o, en su caso, vehículos empleados para cometerla. c) El nombre y domicilio del presunto infractor si hubiere sido posible determinarlo. d) El nombre y domicilio de los testigos, si fuere posible. e) La firma del agente, con aclaración del nombre y cargo. Las actas de comprobación emanadas de medios mecánicos, electrónicos o computarizados, deben contener en los casos que involucren vehículos, además de los elementos anteriores, la patente, marca y año del vehículo. Las actas que no se ajusten en lo esencial a lo establecido en este Artículo, pueden ser desestimadas por el Juez. Se desestimarán en la misma forma, cuando los hechos en que se funden las actuaciones o denuncias, no constituyan infracción”.

Agregó luego que

[...] Así revisadas las actas, se observa que se encuentran consignados los lugares de las infracciones, a saber: Zona del Puerto, –Acta de fs. 1–, Irigoyen 1146 –Acta de fs. 4–, Playón del Puerto –Acta de 6–, y así sucesivamente se individualizan los lugares a fs. 8, 12 y 13), las fechas y horas de las infracciones, la chapa patente y descripción del vehículo infractor, y las descripciones de aquellas (Estacionar en paradas de colectivos, Estacionar en lugares prohibidos, Estacionar en mano izquierda en horario no permitido, etc.), obrando la(s) firmas y aclaraciones de los funcionarios municipales actuantes, pese a que el recurrente dice lo contrario, (ver fs. 1, 4, 6, 8, 12 y 13). En

consecuencia, son válidas y no nulas, como lo pretende el recurrente, pues específicamente se establece en el inc. c) que el acta solo contendrá el nombre y domicilio del presunto infractor si hubiese sido posible determinarlo, circunstancia que como consta en las Actas aquí cuestionadas ello no fue posible porque según el agente de tránsito, el conductor estuvo ausente, o se negó a firmar, mientras que respecto de los testigos, el inciso d) dispone que el nombre y domicilio de los testigos, será consignado cuando fuere posible, razón por lo cual la ausencia de testigo no invalida el Acta de Infracción Municipal. Hay que tener presente también, que el “Art. 33° de la citada Ordenanza, dispone: “Las actas labradas por el agente en las condiciones enumeradas en el artículo 25 del presente Código y que no sean enervadas por otras pruebas, pueden ser consideradas por el Juez como plena prueba de responsabilidad del infractor”.

[...]

En consecuencia –agrega–, se equivoca el recurrente cuando trata de equiparar las faltas o infracciones municipales a delitos comunes, y las Actas de Infracción a las actas labradas conforme al código Civil, pues tanto uno como otro y el proceso mismo, no se ajustan al código Penal, ni al Civil, sino que tienen un ordenamiento propio, previsto en la ORDENANZA N° 3588/00 y en las distintas que regulan el régimen jurídico municipal [...].

1.5 Algunas Consideraciones Generales Acerca de la Irrelevancia de la Organización Federal de un Estado Frente al Derecho Internacional

Sin perjuicio del carácter de fuente del derecho interno que invisten los tratados internacionales, lo cierto es que frente al derecho internacional, la firma de un tratado por un Estado soberano surte la responsabilidad internacional de éste aun cuando el incumplimiento provenga de una de sus subdivisiones políticas. De allí que resulte necesario el respeto por parte de las Provincias y Municipios –e incluso sus respectivos entes descentralizados–, aún dentro del ámbito de sus respectivas autonomías, no traspasar los límites que surgen de aquéllos.

Por tal razón se ha dicho que

es un principio consagrado bajo el derecho internacional que las acciones de una subdivisión política de un Estado Federal –como una provincia– son atribuibles al gobierno central, sin que la estructura constitucional interna de un país pueda alterar tales obligaciones” [...], pues “aun cuando la República Argentina no es responsable bajo el derecho local por el cumplimiento de los contratos concluidos por (una Provincia) –que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos– bajo las reglas del derecho internacional la República Argentina es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales⁴².

⁴² En tal sentido, ver Perez Hualde (2001, p. 14), comentando el Laudo del CIADI emitido el 21 de noviembre de 2000 en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija S.A.”; las citas corresponden a los Párrafos 50 y 96 de dicho Laudo; asimismo, véase Tawil (2003, p. 914), entre muchos otros.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido (no obstante el incumplimiento de los tratados generarse por actos y omisiones de esta última)

[...] Que, incluso, el propio tenor de las resoluciones y comunicaciones de los organismos internacionales que intervienen en las denuncias que dan origen a este proceso –acompañadas a estos autos– revelan que la relación jurídica que se invoca, y sobre la base de la cual se persigue que se condene a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vincula a los actores de manera directa con el Estado Nacional y no con la Provincia de Mendoza⁴³

Un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulte esclarecedor del aserto, en una causa donde la actora –un Sindicato– no obstante cuestionarse un acto administrativo local de la Provincia de Salta que dispusiera la cesantía a un agente estatal provincial, por ser contraria a una recomendación de la O.I.T., sostuvo el Alto Tribunal que el único sujeto demandable por tal motivo era el Estado Nacional, y no la Provincia de Salta⁴⁴, en los siguientes términos:

No corresponde la competencia originaria de la Corte, la causa en la que se demanda a una provincia y al Estado Nacional el cumplimiento de una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) en el caso 1867 –queja contra el gobierno argentino–, a fin de que se reincorpore al actor en su lugar de trabajo y se le abonen los salarios caídos desde su cesantía, pues al haber cuestionado el propio Estado Nacional la obligatoriedad de la disposición invocada, la presencia en el proceso del estado local resulta indiferente, siendo aquél el que debe valorar los alcances de dicha recomendación y determinar –en el supuesto más favorable al actor de que se la considere exigible– si asume su cumplimiento.

Agregó que

Para que proceda la competencia originaria de la Corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, reglamentado por el artículo 24, inciso 1º del decreto ley 1285/58, una provincia debe ser parte en el proceso, ya sea como actora, demandada o tercero, tanto en sentido nominal como sustancial, de manera tal que no basta la voluntad de los litigantes, sino que es necesario que del examen que se realiza de la relación jurídica que se invoca surja que el Estado local contra el cual se pretende

⁴³ CSJN, L. 733. XLII. ORIGINARIO Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza. 20 de marzo de 2007. Fallos 330:1135.

⁴⁴ A. 386. XXXVII; ORI “Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) c/Estado Nacional y otro s/cumplimiento de recomendación de la O.I.T” fallada el 25/11/2008. Fallos 331:2638.

dirigir la acción tenga un interés directo en el pleito de forma tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria⁴⁵.

1.6 Rango de los Tratados Internacionales en el Derecho Argentino. Su Relación con el Arbitraje Internacional

La Constitución Nacional establece en su Artículo 27: “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Por su parte, en su Artículo 31 prescribe:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.

En su Artículo 75, regula entre las atribuciones del Congreso de la Nación:

[...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de

⁴⁵ Por su voto, los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda expresaron que “No corresponde la competencia originaria de la Corte, en la causa en la que se demanda a una provincia y al Estado Nacional el cumplimiento de una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) en el caso 1867 – queja contra el gobierno argentino–, a fin de que se reincorpore al actor en su lugar de trabajo y se le abonen los salarios caídos desde su cesantía, pues dicha cuestión ha salido de la órbita interna de la República Argentina, lo que impide admitir que el estado local sea titular de la relación jurídica en que se funda la pretensión y no se le puede reconocer idoneidad para contradecir la específica materia sobre la que versará el pleito, y la recomendación revela que la relación jurídica sobre la cual se persigue su cumplimiento vincula a la actora con el Estado Nacional –único obligado por el tratado– y no con la provincia [...]”, agregando además que “[...] pues el Estado Nacional –al ser miembro de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T)– es la persona de derecho público a quien se dirige aquél y sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirían evitar la responsabilidad internacional; una solución contraria importaría vaciar el contenido del art. 99, inc. 1 de la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por la Nación Argentina”.

Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. **Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.**

Agrega que

[...] La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La Procuración del Tesoro, con apoyo en precedentes del Alto Tribunal de la Nación, ha definido al Tratado Internacional como “[...] un acto complejo federal”. Del diseño constitucional argentino surge que los *pasos para la celebración de un tratado son*: a) negociación y firma (función de gestación) por el Poder Ejecutivo; b) aprobación (función de control) a cargo del Congreso y c) ratificación en sede internacional (función ulterior e independiente de la aprobación) cumplida por el Poder Ejecutivo. *La aceptación por parte del Poder Legislativo de un tratado no obliga, sino que faculta o posibilita al Poder Ejecutivo a proceder a su ratificación en sede internacional, decisión ésta que es de su exclusivo resorte* (conf. Dict. 118/97)⁴⁶.

⁴⁶ Dictámenes 244:850.

En sentido concordante, en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, el Alto Tribunal modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente “Martin” (Fallos: 257:99), y sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –ratificada por la República Argentina en 1972 y en vigor desde 1980– las normas contractuales internacionales que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución) poseen primacía por sobre las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de rango inferior a la Constitución Nacional.

En palabras de la Corte

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” (párr. 18)⁴⁷.

Incluso se ha ido más allá al dar prevalencia al derecho internacional consuetudinario por sobre el principio de legalidad e irretroactividad en materia penal, validando así la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁴⁸.

Esta doctrina se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:1282) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional del año 1994, que estableció expresamente la supremacía de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos internacionales en materia de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional.

Cabe tener presente que

Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo

⁴⁷ Dictamen del Procurador General en fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/2005 en causa: “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos 328:2056. Ver también CSJN, 13/07/2007, “Mazzeo, Julio L. y otros”, Fallos Corte: 330:3248.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique L.”, Fallos 327:3312. Con anterioridad ya había admitido el principio en CSJN, 02/11/1995, “Priebke, Erich.”, Fallos 318:2148.

suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata⁴⁹.

El sistema implementado por el Convenio CIADI⁵⁰ y los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, o Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) no resultan *per se* violatorios de ninguna norma ni principio de derecho público dimanante de la Constitución Nacional⁵¹. No obstante, en el hipotético supuesto de que la interpretación al momento de la aplicación de dicho sistema resulte irrazonable o violatoria de los principios de derecho público contenidos en nuestra Carta Magna, el ordenamiento jurídico brinda suficientes herramientas para cohonstar un Laudo de tales características, resultando entonces contraria a la Constitución no el Tratado ni sus leyes aprobatorias, sino la interpretación hecha del mismo por el Tribunal Arbitral, plasmada en la decisión arbitral.

En primer término, el propio Convenio CIADI prevé la posibilidad de solicitar la anulación del Laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Sin perjuicio de ello, si aun así se entendiese que la decisión resultare violatoria de los principios de derecho público constitucional, cabría entonces el contralor de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales.

En tal sentido, la Corte Suprema en el fallo “Cartellone c. Hidronor”⁵², abonó la tesis amplia respecto del control de constitucionalidad de los laudos arbitrales. Mediante la fórmula “casos en los que los términos del laudo arbitral se extiende a supuestos que

⁴⁹ E. 64. XXIII. Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. 7/07/92. Fallos 315: 1492.

⁵⁰ Por Ley N° 24.353 (B.O. 02-09-1994), la Argentina aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) el 18.3.65. El Convenio entró en vigencia el 14 de octubre de 1966 como una institución especialmente creada para facilitar la solución de controversias entre gobiernos e inversionistas extranjeros.

⁵¹ Contrariamente, Balbín (2007, p. 285) ha sostenido que “[...] el régimen del CIADI es de dudosa constitucionalidad porque si bien el Estado argentino puede ceder sus potestades jurisdiccionales en tribunales extranjeros o arbitrales, tal el CIADI y tratados bilaterales de inversión, en ningún caso puede delegar el control de constitucionalidad de los laudos ante sus propios tribunales en supuestos de excepción por clara violación de las disposiciones de derecho interno. Téngase presente –agrega– que habitualmente los tribunales arbitrales aplican el derecho internacional o principios sin mayor sustento, con exclusión del derecho público interno [...]”.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2004/06/01 ~ José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A., Fallos 327:1881.

contraríen el orden público” (causal general que también habían admitido Boggiano y Nazareno), a la irrazonabilidad se agrega la inconstitucionalidad y la ilegalidad (recordando lo decidido en Fallos 292:223). De esta manera, el Alto Tribunal reconoció un control de constitucionalidad amplio sobre los laudos arbitrales más allá de las renunciaciones oportunamente consumadas, sobre la base de la *indisponibilidad de los derechos fundamentales: en este caso, el derecho a la jurisdicción en torno al control de constitucionalidad*.

La Corte Suprema utilizó como base argumental el art. 872 del Código Civil –entonces vigente– que prohíbe la renuncia de los derechos concedidos en mira del interés público y el art. 874 del mismo texto legal que ordena la interpretación restrictiva que corresponde aplicar en el ámbito de esta institución jurídica.

Ello es así, no obstante lo prescripto por los arts. 53 y 54 del Convenio CIADI, en punto a la obligatoriedad de los laudos en el derecho interno, a los que se les debe asignar el mismo valor que el de una Sentencia judicial, pues aún en el derecho interno y respecto de las Sentencias dictadas por los jueces argentinos, se ha instituido pretorianamente, inspirándose en similares principios, la acción por Cosa Juzgada írrita⁵³.

Cuando el laudo o la sentencia sean contrarias a los principios de derecho público constitucional, podrían ser pasibles de revisión por los tribunales locales quienes los pueden revocar por irrazonables e inconstitucionales⁵⁴.

Restará luego analizar el efecto que dicha decisión pudiera generar en punto a la responsabilidad internacional del Estado cuyos jueces hubiesen declarado su inconstitucionalidad, pues la eventual invalidez del tratado para el derecho interno resulta irrelevante en el orden internacional frente a otros Estados.

En tal sentido, recuerda Graham (2010, p. 7 y ss., p. 11) que en la tradición continental, si los tratados son superiores a las leyes, también son inferiores a la constitución. Como lo

⁵³ Al respecto, la Corte Suprema ha decidido que: “No es óbice para el reconocimiento de la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, ya que esta circunstancia no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan” (E. 66. XXVI. Egües, Alberto José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios (error judicial). 29/10/96. Fallos 319:2527); En igual sentido, en la causa: “Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera –incid. de verificación tardía– rec. De inconstitucionalidad y recurso directo”. 20/03/03. Fallos 326:742.

⁵⁴ Ello a pesar de no estar prevista la revisión de los laudos del CIADI por un tribunal doméstico. Para una descripción detallada del mecanismo arbitral del CIADI, ver Barraguirre, 2010; 2007, p. 107; 2009.

ilustran por ejemplo los casos *Tecmed* y *Azurix*, si un derecho constitucional entra en conflicto con un derecho de un tratado, es este primero que tiene que, según el derecho nacional, prevalecer, no obstante que según el derecho internacional, un país no puede invocar su derecho interno para sustraerse a sus obligaciones internacionales⁵⁵.

1.7 Acerca del Control de Convencionalidad y el Diálogo entre Tribunales Internacionales y Domésticos, a Partir del caso “Fontevicchia”

Desde un punto de vista epistemológico, se ha sostenido que la comparación permite 1) tomar distancia en relación al propio ordenamiento jurídico; 2) acceder a la “sabiduría empírica acumulada” de los pueblos presente en el Derecho y al “stock de soluciones” a que se llegó en largos procesos de desarrollo y en múltiples discursos, en los diferentes países, sin llegar a ser víctima de las limitaciones originadas por una perspectiva nacionalista introvertida; 3) puede ayudar a encontrar soluciones en el conocimiento y en la aplicación del Derecho; y 4) es el Derecho Comparado el que provee el material empírico para los análisis llevados adelante por la Teoría y por la Filosofía del Derecho⁵⁶.

No obstante, y como ha señalado Rosenkrantz (2005, p. 71), tomar prestado el derecho extranjero para la solución de casos domésticos resulta problemática, entendiendo a los préstamos como el uso autoritativo de normas creadas fuera de nuestras fronteras⁵⁷.

En su momento he analizado lo complejo que resulta transpolar institutos foráneos para resolver casos domésticos, en ocasión de analizar el principio de confianza legítima (REY VÁZQUEZ, 2016, p. 251 y ss), en especial en el ámbito internacional de las inversiones, con impacto en Argentina.

Sin intención de escudriñar aquí en la compleja saga derivada de la resolución del caso “Fontevicchia y D’Amico” entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema Argentina –sobre el cual calificada doctrina se ha expedido⁵⁸–, pareciera

⁵⁵ Agrega el autor: “De nuevo no es tanto un problema jurídico, sino socio-político, visto que la constitución en casi todos los países latinoamericanos es la expresión de la soberanía popular y el garante de la justicia, que entonces lógicamente no puede ser inferior a una norma que viene de ‘afuera’. Aquí también, se deberá buscar soluciones novedosas que podrán resolver este conflicto, como por ejemplo instaurar el principio de un control constitucional previo a la ratificación de las convenciones internacionales”.

⁵⁶ En tal sentido, Sommermann (2005, p. 525, en especial p. 530/531). Ver también, Pérez Del Viso (S. d.) y Mairal (2000, p. 41).

⁵⁷ Allí efectúa un repaso detallado del uso indiscriminado del derecho extranjero por la Corte Suprema argentina desde su constitución.

⁵⁸ Ver entre otros, Hitters (2017 e 2018); asimismo, Roca (2018).

haberse tomado nota de las implicancias que una ligera aplicación de soluciones derivadas de los Tratados Internacionales podría haber producido en el sistema jurídico doméstico⁵⁹, en cierto modo, coincidente con la que en su día alerté acerca de la aplicación del sistema internacional de las inversiones.

Es que así como es indudable la obligación de ejercer un control de convencionalidad por parte de los tribunales argentinos⁶⁰, en el caso “Fontevicchia” la Corte Argentina expresó, por mayoría, que ella no puede ser obligada a acatar un fallo supranacional que disponga “dejar sin efecto” un pronunciamiento suyo dictado con anterioridad, lo que reavivó un debate y puso en tela de juicio el alcance que cabe asignársele a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). ¿Puede el tribunal internacional revocar sentencias dictadas con autoridad de cosa juzgada por tribunales locales? ¿Qué ocurre cuando dicho pronunciamiento ha sido dictado por la CS? ¿Qué medidas deben tomarse en el ámbito interno en aquellos casos a fin de dar cumplimiento al fallo internacional? (ROCA, 2018).

No se trata, como expresa Roca, de un problema meramente terminológico acerca del significado del término “dejar sin efecto”, sino de algo más complejo porque involucra diversos elementos que *prima facie* resultan difíciles de conciliar: por un lado, el carácter de la Corte Suprema de último intérprete de la Constitución Nacional y de tribunal supremo de la Nación; por el otro, el carácter obligatorio de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana.

Siguiendo con los interrogantes, Sacristán (2007)⁶¹ ha destacado que

[...] desde la esfera contencioso-administrativa, si la sentencia, como se destaca en el voto del Dr. Rosatti, ha comenzado a tener ejecución en punto al pago de la reparación a cargo del Estado argentino, ¿hay caso contencioso en el expediente –anexo al principal, es decir, en el incidente de ejecución de sentencia internacional– que fuera encabezado con el oficio de la Dirección de Derechos Humanos de una Secretaría del Ministerio de Relaciones Exteriores? En el mismo renglón, ¿cómo podría el Estado argentino hacer el pago de una reparación aparentemente “sin causa” por corresponderse con una sentencia no cumplida íntegramente, emanada de la Corte Interamericana, en punto a que se “deje sin efecto” un fallo de la Corte Suprema

⁵⁹ No es casual ante la incorporación durante el año 2016 de dos nuevos integrantes del Máximo Tribunal argentino, Dres. Rosenkrantz y Rosatti, quienes sostuvieron posturas similares con anterioridad; el primero, en el citado supra Nota 62, y el segundo –entre otros– en Rosatti (2003).

⁶⁰ Desde el caso CorIDH, “Almonacid Arellano”, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁶¹ Cuestionando en el artículo incluso la existencia de un caso, y el tipo de jurisdicción ejercida por la Corte Suprema argentina.

argentina anterior(y una sentencia de la Cámara Civil)? ¿Podría haber riesgo de que dejar sin efecto, ahora, el fallo de la Corte Suprema (y la sentencia de la Cámara Civil) implicara que se devolviera la indemnización por daño moral con sus accesorios (repago de Menem a la Editorial) al tiempo que se percibiera la reparación íntegra (pago del Estado argentino a la Editorial) [...].

2 CONCLUSIONES

La organización federal diseñada por la Constitución de la Nación Argentina, conforme a la cual existen competencias reservadas por las provincias, otras transferidas de modo expreso y exclusivo a la nación, tanto en materias de derecho común como federales, amén de potestades concurrentes, y sumada la existencia de un régimen municipal diseñado por las Constituciones Provinciales en función de las mandas contenidas en los artículos 5° y 123° de aquélla, demuestra las dificultades y complejidades que presenta para el jurista más avezado la identificación de las fuentes idóneas para dar respuesta al caso concreto.

Si a ello sumamos el impacto que supone el reconocimiento de la primacía de los tratados internacionales respecto de las normas internas, y que algunos de ellos poseen jerarquía constitucional, la oscuridad se acrecienta.

No conformes con ello, tenemos que el legislador (*lato sensu*) produce normas carentes –muchas veces– de una adecuada técnica legislativa, lo que genera no sólo dificultad en el conocimiento del sentido y alcance de las normas, sino que muchas veces se producen modificaciones asistemáticas de textos, cuando no generándose una profusión normativa⁶² generadora de incertidumbre e imprevisibilidad. Sin embargo, la Corte Suprema Argentina ha entendido que no resulta aplicable el principio de la inderogabilidad singular del reglamento al caso de las leyes⁶³, validando incluso que una ley singular como la de

⁶² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/03/2003, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos 326:417. Expresó en su Considerando 21), in fine, remitiéndose a la causa “Smith” (Fallos 325:28) que “[...] Ello es así pues, de lo contrario, se correría el riesgo de provocar respuestas inicuas, que solo contribuirían a ahondar aún más la desorientación provocada tanto por la deficiente técnica legislativa que se vislumbra en las disposiciones bajo examen, las cuales han generado una profusión de normas sobre la materia que, más que propender a la fijación de pautas claras, han provocado un inédito y prolongado estado de incertidumbre (conf. considerando 9° de la causa ‘Smith’, ya citada), que aún no ha sido disipado”.

⁶³ “El principio de la ‘inderogabilidad singular de los reglamentos’ no se aplica a los actos legislativos de sustancia normativa, como son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobran plena vigencia las reglas generales de ‘lex posterior derogat prior y lex specialis derogat generalis’, pues las leyes emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; siendo una expresión “soberana” de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada”. (P. 457. XXI.; Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso-administrativa. 24/08/1989. Fallos 312:1394).

presupuesto pudiera contradecir una ley general anterior⁶⁴, más allá que no deja de ser una pésima técnica legislativa contraria a la seguridad jurídica⁶⁵.

He intentado mostrar con modelos tentativos los caminos que el operador jurídico debe tomar según cuál sea el ámbito donde se suscita el conflicto, focalizando en cuestiones de Derecho Administrativo, que por tratarse de un subsistema jurídico con autonomía científica, debe procurar sus soluciones en dicho subsistema, debidamente diferenciado en ámbito de competencia político constitucional de que se trate.

Es por ello que la presunción civilista de conocimiento del derecho, en el ámbito administrativo se mitiga notablemente con el reconocimiento del principio del informalismo a favor del administrado, de quien se presume casualmente lo contrario, y es razonable pues se trata de una materia respecto de la cual existen tantos entes productores de normas como niveles políticos existen en la Argentina (Nación, Provincia, Ciudad Autónoma, Municipios).

En cualquier caso, sin dejar de reconocer la incidencia que los Tratados Internacionales tienen en el ordenamiento jurídico interno, a los cuales la República Argentina se obligó incluso por los actos, hechos u omisiones provenientes de cualquiera de sus subdivisiones políticas.

REFERENCIAS

ARGENTINA. Constitución Nacional.

BIANCHI, Alberto. Del abuso de categorías y especies normativas en el ordenamiento jurídico argentino. En: **El Derecho**. Suplemento Administrativo del 29-06-2001, Buenos Aires, 2001.

⁶⁴ “Corresponde rechazar el agravio relativo a que la ley 25.237 habría violado el art. 20 de la ley 24.156 ya que esta última no se diferencia, en cuanto a su jerarquía normativa, del resto de las leyes que dicta el Congreso de la Nación por lo que la primera, al resultar una norma posterior, puede derogar una ley anterior, en forma expresa o en forma tácita” (Z. 74. XXXV.; Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo. 20/09/2002. Fallos 325:2394).

⁶⁵ Sumados a la famosa frase final en las normas legales que suele expresarse del siguiente modo: “derógase toda norma legal que se oponga a la presente”.

BALBÍN, Carlos F. **Impacto del código civil y comercial en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 2016.

BALBÍN, Carlos F. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007. Prólogo de Eduardo García de Enterría.

BARRAGUIRRE, Jorge Alberto. **Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina**. Santiago (Chile): Naciones Unidas, 2010.

BARRAGUIRRE, Jorge Alberto. **El nuevo derecho administrativo global en América Latina**. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009.

BARRAGUIRRE, Jorge Alberto. Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico? En: **Res Pública Argentina**, Buenos Aires, Ediciones Rap, n. 3, p. 107, Octubre-Diciembre 2007.

CORRIENTES. Carta Orgánica Municipal. Corrientes, **Boletín Oficial Municipal**, Año XXI, N° 542 del 11 de junio de 1997.

CORRIENTES. Ley 3.460. **Boletín Oficial de la Provincia de Corrientes**, el 30 de enero de 1979.

CORRIENTES. Ordenanza N° 3571/2000. Corrientes, **Boletín Oficial Municipal**, Año XXIV, N° 654 del 29 de Junio de 2000.

CORRIENTES. Ordenanza N° 3641/2001. Estatuto Único para el Personal Municipal de la Ciudad de Corrientes. Corrientes, **Boletín Oficial Municipal**, Año XXV, N° 721 del 20 de marzo de 2001.

FIORINI, Bartolomé A. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 1968.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GRAHAM, James A. Prolegomeno: el décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje: unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina. En: **Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (RLMA)**, México (México), v. 1, 2010.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: conflicto entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema. En: **La Ley 2018-B**, Buenos Aires, 1196, AR/DOC/873/2018.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?”. En: **La Ley 2017-D**, Buenos Aires, 1025, AR/DOC/2033/2017.

LINARES, Juan Francisco. Caso administrativo no previsto. En: **Ensayos Jurídicos**, Buenos Aires, Astrea, n° 19, 1976.

MAIRAL, Héctor A. Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. En: **Estudios de derecho administrativo II**. Mendoza: Ciencias de la Administración, 2000.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho, administrativo**. T. IV. 2.^a edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968.

MERTEHIKIAN, Eduardo. El Perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante del procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la corte suprema (Comentario al fallo El Rincón de los Artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario, Fallos 326:3700). En: **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, Ediciones RAP, n° 311, p. 105-127, 1 ago. 2014.

PÉREZ DEL VISO, Adela. Importancia del mundo anglosajón en nuestro derecho. **Microjuris**, MJ-DOC-4121-AR, MJD4121.

PEREZ HUALDE Alejandro. **Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones**. Buenos Aires: La Ley, 2001.

REY VÁZQUEZ, Luis E. El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones. 2014. Tesis doctoral. Córdoba, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” del año 2014, Volumen LVIII.

REY VÁZQUEZ, Luis E. **El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino**: relación con otras instituciones. Córdoba: Advocatus, 2016.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2ª edición ampliada. Madrid: Civitas, 1996.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo. **Derecho administrativo**. Tomo I, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

ROCA, Justa M. Lo que “Fontevicchia” nos dejó: antecedentes, avances y retrocesos de un fallo trascendental. Sup. Const. 2018, Buenos Aires, **La Ley 2018-C**, AR/DOC/339/2018, 05 julio 2018.

ROSATTI, Horacio D. Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. En: **La Ley 2003-F**, 1283, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, Tomo I, 771. AR/DOC/11051/2003.

ROSENKRANTZ, Carlos. En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero. En: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Buenos Aires, Ed. Universidad de Palermo, Año 6, N° 1, Octubre 2005.

SACRISTÁN, Estela, Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial. En: **El Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Diario nro. 14.145, 20/03/2017.

SOMMERMANN, Karl-Peter. La importancia de la comparación jurídica para la evolución del derecho público en Europa. En: **Revista Investigaciones**, Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Área Derecho Comparado, N° 3, 2005.

VERGARA BLANCO, Alejandro. **El derecho administrativo como sistema autónomo**: el mito del Código Civil como “Derecho Común”. Santiago (Chile): Abeledo Perrot, 2010.

TAWIL, Guido Santiago. **Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable**: a propósito de las recientes decisiones en los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”. Buenos Aires: La Ley, 2003.

Submissão em: 17 julho 2018.

Pareceres favoráveis em: 31 agosto 2018

El Derecho Penal del Riesgo Globalizado: desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente efectivo

MARIO SPANGENBERG BOLÍVAR¹

¹ Doctor en Derecho pela Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larranaga” e Doctorando en Ciencias Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor de Derecho Penal en Universidad Católica del Uruguay.

1 INTRODUCCIÓN

Las profundas transformaciones que en las últimas décadas vienen experimentando las sociedades modernas, han provocado –como es notorio- verdaderas reconfiguraciones que atañen no sólo a lo económico, a lo político y a lo social, sino también y con singular impacto, a las diversas áreas del conocimiento teórico y práctico vinculadas a tales aspectos. Y ello, como es obvio, es lo que viene ocurriendo también al interior del Derecho Penal.

Por su parte, tales reconfiguraciones son dables de ser observadas desde una perspectiva meramente nacional o interna o también –y ello parece revestir de mayor atractivo y solidez científica– desde una visión inter o supranacional, es decir, más global.

En los hechos, si algún tema, en la bibliografía penal contemporánea, es merecedor de una consideración cercana al consenso, ése es, precisamente, la distancia existente entre el moderno Derecho Penal² y su, cada vez más lejano, antecesor modelo clásico.³

Y es que en efecto, no resulta una tarea sencilla pretender armonizar los actuales fenómenos delictivos, ni las regulaciones penales vigentes o proyectadas, con las

² Algunos autores utilizan la expresión “*Derecho penal del riesgo*” o “*Derecho penal de la sociedad del riesgo*” como sinónimo del Derecho Penal moderno, en contraposición al Derecho Penal liberal clásico. Entre otros: Prittwitz (2003, p. 265); Roxin (1997, p. 61); Díez Ripollés (2007, p. 132 y ss.); Herzog (2003). Estas expresiones, como es notorio, encuentran cabida en la estrecha vinculación de la moderna regulación jurídico penal con el modelo social postindustrial de la “*sociedad de riesgo*” descrito por el sociólogo Beck (1998). También en Beck; Giddens; Lash (2008).

³ Las expresiones *Derecho Penal moderno* y *Derecho Penal clásico* encuentran una precisa exposición en Hassemer (1999, p. 15 y ss.). También aborda el punto, aunque refiriendo a modelos *mínimos* y *máximos* de sistema penal, Ferrajoli (1995, p. 91 y ss.).

coordinadas liberales que marcaron el mundo jurídico penal occidental –al menos– desde la Ilustración, en especial, si se toma nota de las singulares aristas y proyecciones internacionales de la cuestión.

A un plano conceptual distinto, claro está, corresponde la discusión en torno a las bondades o defectos de esta evolución, e incluso, a si resulta razonable –o ya es utópico– exigir, dado el actual estado de situación, un retorno sin más al modelo clásico.⁴ Según Schünemann (1998, p. 13 y 14), el Derecho Penal se encuentra ante un verdadero callejón sin salida: entre la intransigencia de la Escuela de Frankfurt (abocada a insistir, casi infantilmente, en la vigencia absoluta de los principios clásicos) y la capitulación del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs y buena parte del funcionalismo de Bonn.

Ocurre que, en las últimas décadas, y a un ritmo cada vez más acelerado, conviven en la transformación de la sociedad y en consecuencia, también de la criminalidad y en el propio estado de situación del Derecho Penal, dos grandes dimensiones.

Por un lado, el fenómeno de la globalización que, en sus consecuencias técnicas, sociales, económicas y políticas, ha resultado ser un terreno más que propicio para un incesante auge de los delitos transnacionales y para la génesis y expansión de verdaderas redes criminales multinacionales, y que, indefectiblemente, coloca al Derecho Penal ante una muy incómoda encrucijada, pues:

- a) se mantiene encorsetado en la vieja vestidura del Derecho Penal clásico, aislado en la estructura de la soberanía nacional estatal e intentando dar respuestas –a modo de golpes al aire– que lleguen, mal y tarde, a fenómenos criminales que ya han vuelto a mutar hacia otro rumbo; lo que en definitiva, no supone otra cosa que claudicar del ejercicio del *ius puniendi* frente a las organizaciones y modalidades criminales más peligrosas y sofisticadas, arriesgando, en consecuencia, no sólo su efectividad sino incluso, su propia legitimidad democrática;
- b) por el contrario, comienza a ensayar nuevos caminos que le permitan estar, mínimamente, a la altura de las circunstancias actuales, procurando convertirse él mismo, en un Derecho Penal *efectivo* transnacionalmente, a la par de los fenómenos criminales que intenta combatir.

⁴ Como parece empeñado en continuar reclamando –sin mucho éxito, claro está– un sector no menor de la academia penal.

Sobre esta dimensión, y sobre los múltiples problemas y desafíos que allí es dable encontrar, volveré más adelante, en el Capítulo 3 de este trabajo.

Por ahora, y en el desarrollo del Capítulo 2, quiero detenerme en una segunda característica de las sociedades modernas, y por ende también del actual estado de situación del Derecho Penal; y es que, además de la universalización de la globalización de los fenómenos delictivos, las sociedades modernas son sociedades basadas en la creación de riesgos y fundamentalmente, de riesgos anónimos.

Y es, precisamente, en la interacción o concurso entre esos riesgos cada vez mayores y más sofisticados, y la inagotable expansión de las conductas y su anonimato, por fuera de los límites materiales y naturales que durante siglos contuvieron al comportamiento humano y a sus efectos, dentro de un *parquet* de consecuencias físicas limitado, que se ha forjado el carácter de buena parte del moderno Derecho Penal.⁵

La hipótesis que orienta al presente trabajo consiste en señalar –dado el actual estado de situación transnacional de los fenómenos delictivos– algunos de los desafíos que, en las próximas décadas, habrá de enfrentar el Derecho Penal, en cuanto a su eficacia y en consecuencia, también y fundamentalmente, en relación a su propia legitimidad democrática.

2 DERECHO PENAL DEL RIESGO

Este Derecho Penal *del riesgo*, como le ha dado en llamar la doctrina alemana –y bajo su impulso, buena parte de la doctrina comparada– se caracteriza, principalmente, por una marcada expansión frente al núcleo clásico, expansión que ha tenido lugar –y presumiblemente lo hará aún con mayor vigor– en múltiples dimensiones.⁶

⁵ Como ha señalado el sociólogo Beck (1998), en una obra de singular repercusión en el ambiente penal, las sociedades modernas se caracterizan, primero, por la sistemática y creciente producción de riesgos que, en tanto tales, deben administrar: “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científica – técnica.” (BECK, 1998, p. 25). Y al mismo tiempo, la circunstancia de que esos riesgos, tan característicos de las sociedades actuales, tienen su origen en las actividades humanas, es decir, en los actos u omisiones de otros seres humanos, a diferencia de otras épocas, donde los mayores riesgos tenían su origen –principal, aunque no exclusivamente– en la naturaleza.

⁶ Especial atención han dedicado a este proceso: Silva (2011); Silva (2012); Albrecht (2000, p. 471 y ss.); Sánchez (1999, p. 11 y ss.); Schünemann (2012); Herzog (2003, p. 249 y ss.); Prittwitz (2003, p. 259 y ss.); Cancio (2007, p. 73 y ss.); Diez Ripollés (2007); y Mir Puig; Queralt Jimenez (2010).

2.1 La Ampliación de las Esferas de Protección

La primera característica de las legislaciones penales vigentes,⁷ es la ampliación de las esferas de protección hacia horizontes antes ignorados por el Derecho Penal, como la tutela del ambiente y la creación de delitos de daño o puesta en peligro del ecosistema, la tutela del mercado y la creación de delitos de competencia desleal, abuso de poder dominante y la protección del orden socioeconómico. Así como también, y muy intensamente, con las múltiples figuras delictivas relacionadas con el lavado de activos y el incumplimiento de deberes formales de prevención de esos riesgos, entre otros variados ejemplos⁸.

En este sentido, el continuo –y cada vez más extendido– requerimiento social de más Derecho Penal en los ordenamientos jurídicos modernos,⁹ a modo de conjura global contra todos los males, ha supuesto una modificación sustantiva en la concepción misma del bien jurídico tutelado, pues, como acertadamente señala Hassemer, la protección de bienes jurídicos ha dejado de ser un criterio fundamental de restricción del Derecho Penal, para erigirse en el fundamento de la exigencia de más Derecho Penal.¹⁰

Y ello, como es lógico, ha supuesto que la intervención penal no sea vista como de *ultima ratio*, sino como primer o único remedio jurídico a los males sociales; circunstancia que, naturalmente, socava los cimientos del Derecho Penal de una sociedad democrática y en consecuencia, la relación misma entre el Estado y los ciudadanos, pues, como afirma Ferrajoli: “[...] una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes.” (FERRAJOLI, 1995, p. 473). Principio éste, que ya había sido advertido, dos siglos antes por Montesquieu, al afirmar que: “Toda pena que no se derive de la necesidad es tiránica;

⁷ Lo que no significa, obviamente, que, en tanto modelo teórico, tenga, en todos los casos, una exacta y fiel correspondencia con las específicas previsiones normativas nacionales.

⁸ En la legislación europea incluso, es frecuente encontrar un elenco aún mayor de bienes jurídico-penales que los que pueden hallarse en América Latina. Tal es el caso, por ejemplo, de la protección penal del patrimonio histórico o cultural, prevista en los artículos 321 a 324 del Código Penal español.

⁹ Según Silva (2001, p. 31): “[...] el caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta.”. En igual sentido: Albrecht (2000, p. 471).

¹⁰ Dice el autor que: “La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó.” (HASSEMER, 1999, p. 20).

la ley no es un mero acto de poder, y las cosas indiferentes no le incumben.” (MONTESQUIEU, 1997, p. 203).¹¹

Incluso antes, y más gráficamente, el punto había sido señalado por Santo Tomás de Aquino, al sostener que

la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes (SANTO TOMÁS DE AQUINO, [s. n. t.] a.2).

Aún más, en la actualidad, la propia descripción del objeto de tutela penal ha abandonado su carácter individual y personal; siendo dable advertir que, los modernos bienes jurídicos se estructuran, con inusual frecuencia, bajo modelos, a la vez, institucionales y universales, como ocurre en el lavado de activos;¹² y en consecuencia, su descripción, por naturaleza ambigua, legítima o justifica casi cualquier intervención judicial penal, abjurando –de este modo– de su natural función de contención del jus puniendi.¹³

2.2 La Transformación de la Imputación Penal

Las manifestaciones de este proceso, sin embargo, no se circunscriben única, ni mayoritariamente, a la incorporación de un novedoso elenco de bienes jurídico-penales de formato institucional e impersonal, sino que atañen también –y muy especialmente– al modo en que esa intervención penal se lleva a cabo, es decir, a las reglas de imputación penal y al diseño de la estructura típica de las figuras delictivas.

Y ello, al punto que, para algunos autores, como es el caso de Prittwitz (2003, p. 261 y ss. En igual sentido: SÁNCHEZ, 1999, p. 11 y ss.; SILVA, 2001, p. 4 y 5); CANCIO, 2007,

¹¹ Sentencia que fuera recogida, también, en su célebre *De los delitos y de las penas*, por Beccaria, quien, además, se preguntaba: “¿A qué nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? (...) ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples...” (BECCARIA, 1998, p. 115). En igual sentido, afirma Hobbes, en *Leviatán*, que “[...] una ley que no es necesaria, y carece, por tanto, del verdadero fin de una ley, no es buena.” (HOBBS, 2009, p. 285); y el mismo autor, en *De Cive*: “[...] va contra el deber de quienes gobiernan y tienen la autoridad de hacer leyes promulgar más leyes de las que sean necesarias para el bien del magistrado y de sus súbditos.” (HOBBS, 2000, p. 222).

¹² Independientemente de la posición doctrinaria que se adopte respecto a si el objeto de tutela es el orden socio económico o la administración de justicia.

¹³ En relación a la función crítica o de garantía del bien jurídico, Fernández (2004).

p. 74 y ss.), es precisamente en este punto, donde se observa, con mayor claridad, el adelantamiento de la frontera de las conductas punibles respecto del límite clásico del Derecho Penal liberal.

Y en efecto, esta verdadera anticipación de la intervención penal se deja traslucir en múltiples y variadas formas.

Así, mientras que por un lado, las legislaciones penales modernas se orientan, mayoritariamente, hacia la creación de delitos de peligro, con particular predilección por la modalidad del peligro abstracto (GÜNTHER, 2013, p. 33 y 34) y ello, en desmedro de los clásicos delitos de resultado, también avanzan, indefectiblemente, hacia una mayor punición –y más frecuente– de los delitos tentados, e incluso, de los actos preparatorios sin comienzo de ejecución. Circunstancias que, hasta hace unos años, eran verdaderamente excepcionales en el Derecho Penal comparado.

Por su parte, y en forma concurrente, es dable advertir, en la moderna normativa criminal, un excesivo recurso a la utilización de la fórmula de *comisión por omisión*, para justificar la sanción –desde el Derecho Penal– al mero incumplimiento de deberes formales de vigilancia o prevención, a modo de reafirmar la obligatoriedad jurídica de las propias normas; y similar fenómeno expansivo, se pone de manifiesto, al extender el reproche de conductas no directamente intencionales –en no pocas ocasiones, asimilando la respuesta punitiva de las conductas culposas y dolosas– y al ampliar, con excesiva generosidad, las esferas típicas de los grados de coparticipación criminal, lo que supone también, la aplicación de formas, más o menos directas, de expansión del Derecho Penal (SILVA, 2011, p. 45).

2.3 Las Cuestiones Procesales

Esta moderna tendencia, sin embargo, no permanece contenida en el *parquet* del Derecho Penal sustantivo o en las estructuras dogmáticas que le dan cima, y se adentra también, en aspectos procesales penales, cuyo reflejo más notorio, es la flexibilización de las garantías penales y procesales clásicas y la relativización o distensión de los principios de contención del *ius puniendi* (SILVA, 2011, p. 4 y 5).

Así, las exigencias derivadas de la presunción de inocencia y del principio de legalidad que, no hace mucho tiempo, constituían una barrera infranqueable frente a las demandas de actuación penal, hoy son consideradas meros formalismos que es preciso superar,

raudamente, para dar una pronta respuesta a las incesantes demandas sociales de mayor seguridad.¹⁴

Tal es el caso, por ejemplo, del debilitamiento de la presunción de inocencia, a partir de la aparición de ilícitos como el de *enriquecimiento injustificado*, o la importancia acordada al incumplimiento o desatención a guías de señales de riesgo de lavado de activos y otras presunciones semejantes, como fundamento del reproche penal en concreto.

Otro tanto acontece, también en relación a la presunción de inocencia, respecto de una de sus manifestaciones más relevantes: la garantía contra la autoincriminación, que parece haber sido hecha a un lado, por la constante utilización de herramientas de investigación como la *delación premiada*, la figura del *testigo protegido*, el *agente encubierto* y los sofisticados mecanismos de interceptación telefónica y seguimiento a distancia, tan dilectos por las legislaciones penales modernas de combate al lavado de activos.¹⁵

2.4 La Flexibilización del Principio de Legalidad

De similar deterioro es objeto, en los últimos años, el principio de legalidad, antes, verdadera regla de oro del Derecho Penal. La primera afectación, al *nullum crimen nulla pena*, ocurre con el permanente dictado de normas, con contenido penal, que no forman parte del Código, al punto que, en buena parte del Derecho comparado, la mayoría de las infracciones penales no están contenidas en el Código, sino en leyes especiales.¹⁶

A su vez, las remisiones legales –cada vez más frecuentes– a normas de menor jerarquía, como decretos, resoluciones administrativas y circulares del Banco Central, socavan al requisito de estricta legalidad, de un modo incluso aún más grave.¹⁷

¹⁴ “[...] aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado ‘rígidas’ y se abona por su ‘flexibilización’.” (SILVA, 2011, p. 32). En igual sentido, afirma Bauman (2013, p. 44): “La nuestra es una época de cerraduras patentadas, alarmas antirrobo, cercas de alambre de púas, grupos de vigilancia y personal de seguridad; asimismo de prensa amarillista ‘de investigación’ a la pesca tanto de conspiraciones con las que poblar de fantasmas un espacio público ominosamente vacío como de nuevas causas capaces de generar un ‘pánico moral’ lo suficientemente feroz como para dejar escapar un buen chorro de miedo y odio acumulados.”

¹⁵ Herramientas de investigación incorporadas, usualmente, al sistema jurídico, en las propias leyes de prevención de lavado de activos o similares. Tal es el caso, por ejemplo, en Uruguay, de la ley 18.494.

¹⁶ Llegándose, en el caso uruguayo, al extremo de incorporar normas, con claro contenido penal, en las leyes *de presupuesto*.

¹⁷ En algunos países, como en Alemania, el contenido típico de la prohibición remite incluso, a manuales técnicos privados, como ocurre en materia de los delitos contra los trabajadores. Ver al respecto: Hortal (2009).

Al tiempo que, en no pocas ocasiones, el contenido del principio aparece burlado, bajo una forma ciertamente más velada, mediante la redacción de figuras delictivas con verbos nucleares excesivamente ambiguos, tal y como ocurre, en el lavado de activos, con las expresiones: *participar, colaborar, asistir y prestar ayuda*.

2.5 Desafíos para un Derecho Penal del Riesgo Constitucionalmente Legítimo

Así pues, el Derecho Penal moderno ha expandido su intervención hacia nuevos sectores, mediante formulaciones típicas amplias o de remisión a normas de inferior jerarquía, con frecuencia sobre la base del peligro al objeto de tutela y de imputaciones omisivas, extendiendo, simultáneamente, el ámbito de reproche, a la realización de actos previos sin comienzo de ejecución típica.

Circunstancias todas ellas, que tienen lugar en un clima de notorio deterioro de las garantías penales y procesales y fundamentalmente, de los clásicos principios de contención al ejercicio del poder penal.

En definitiva, la concepción clásica del Derecho Penal, de cuño liberal y garantista, como instrumento de defensa del ciudadano frente al poder sancionatorio del Estado, ha sido desplazada, en las últimas décadas, –y al abrigo de una constante exigencia ciudadana de mayor intervención jurídico penal del Estado– por una innegable expansión de normas de contenido penal e incluso, meramente policial, que permite afirmar, precisamente, que el Derecho Penal *ya no es lo que era*.

Afirmación que, justo es precisarlo, no responde a una melancólica nostalgia, sino a la constatación de la realidad, pues como enseña Zagrebelsky: “Tal vez sea ésta una conclusión que no satisfaga las exigencias de claridad, pureza y coherencia del pensamiento, pero la convivencia humana no es asunto de puro pensamiento.” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 18).

Y es que, los tiempos que corren –a estas alturas parece obvio– exigen alejarse, en igual medida, de los fundamentalismos dogmáticos, pero también, del conformismo que esclaviza las razones teóricas a los usos y costumbres de la práctica legislativa de turno.

En ese sentido, el desafío actual y futuro de la ciencia penal en las modernas sociedades del riesgo, y el propio objetivo de la dogmática penal contemporánea no se agota –ni podría hacerlo ya– en la elaboración de una sofisticada teoría del hecho punible, ni en las diversas cuestiones vinculadas a ella, sino también y muy principalmente, en la determinación

científica de las concretas condiciones de legitimidad de un modelo de Derecho Penal propio de una democracia constitucional moderna.

En definitiva, en determinar criterios concretos y operativos que permitan establecer límites para distinguir el ejercicio del jus puniendi legítimo de aquél que no lo es.

Es que, si como parece obvio, uno de los rasgos principales de una democracia constitucional moderna, es, precisamente, que el legislador penal no está facultado a diseñar la política criminal a su entero y discrecional arbitrio, sino que, también él, está sujeto a principios y reglas que garantizan la plena vigencia de los derechos fundamentales y cuya observancia o inobservancia habrá de determinar la propia legitimidad de esa política criminal; de ello se sigue la lógica necesidad que el respeto a éstos derechos fundamentales pueda ser, de algún modo, efectivamente contrastado.

Recientemente, y cada vez con mayor amplitud y sofisticación, el Derecho Penal constitucional comparado muestra que, en la verificación de la razonabilidad del ejercicio del poder político en materia penal, el principio de proporcionalidad resulta ser una herramienta extremadamente apropiada para esa función.

De allí que buena parte de los desafíos para la ciencia penal en los próximos años, habrán de encontrarse, en los desarrollos del principio de proporcionalidad penal, como instrumento de contralor en la creación y diseño de un Derecho Penal constitucionalmente legítimo.

En especial, y ello atañe también y en muy buena medida, al Derecho Constitucional o Político, al alcance y utilización del principio de proporcionalidad penal, en el diseño de la política criminal legislativa, por parte de las Cortes Constitucionales.

3 DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Ahora bien. Junto a esta dimensión de la expansión del riesgo y del anonimato de sus fuentes, las sociedades modernas se han ido transformando, a un mismo tiempo, en sociedades altamente globalizadas, esto es, universales.

Y ello tampoco es ninguna novedad, pues la vida cotidiana evidencia, a cada paso, que las clásicas fronteras territoriales, carecen de un valor significativo en las interacciones sociales y en consecuencia, tampoco obstaculizan o limitan en modo alguno, sino lo contrario, el desarrollo de los fenómenos criminales.

Para muestra de este verdadero apogeo de la criminal globalizada, basta con mencionar:

- a) las cada vez más complejas redes financieras de delincuencia económica y lavado de activos;
- b) el riesgo y la exposición a daños ambientales o biotecnológicos, difíciles de encuadrar en las artificiales categorías de fronteras nacionales, y
- c) las poderosas organizaciones criminales dedicadas a la pornografía infantil y a la piratería intelectual e informática;
- d) y las variadas modalidades de tráfico, de personas, de órganos, de armas, etc.

Que son, apenas, algunos ejemplos de la realidad criminal de nuestros días y fundamentalmente, de lo que cabe esperar del fenómeno delictivo de aquí en adelante.

Se trata pues, de nuevas y más complejas formas delictivas, que aprovechan –y vaya si lo hacen– las inagotables posibilidades técnicas y económicas del mundo globalizado, pero no sólo de eso, sino también, de novedosas y desafiantes modalidades especiales de autoría y coparticipación criminal, de la exponencial multiplicación y anonimato de las víctimas y de los victimarios y de una expansión geográfica sin precedentes del iter criminal y de la dispersión y refugio transnacional de sus ilegales beneficios económicos.

De allí que, si el orden jurídico penal, en tanto *ordo* –ordenador– aún pretende desempeñar algún rol relevante en las complejas interacciones sociales modernas, no puede permanecer de espaldas a los desafíos de la sociedad globalizada, ni a la dimensión y alcance de sus complejidades y problemas.

Pues como intuían los clásicos –y con lucidez señala ahora Jakobs– el Derecho Penal constituye una *tarjeta de presentación de la sociedad altamente* expresiva (GÜNTHER, 2013, p. 15), de allí que quepa exigirle al Derecho Penal sus mayores esfuerzos por asumir, con seriedad y convencimiento el desafío de estos nuevos y acuciantes problemas sociales.

En consecuencia, como adelantara, si el Derecho Penal moderno pretende estar mínimamente a la altura de las circunstancias, no puede sino procurar convertirse, él también, en un Derecho Penal globalizado, esto es, en un Derecho Penal efectivo transnacionalmente.

Y es precisamente, en la búsqueda de modelos normativos que permitan acercarnos a un Derecho Penal efectivo transnacionalmente, donde la ciencia penal –según los reales

resultados que sea capaz de alcanzar en los próximos años– deberá rendir cuentas sobre su verdadera capacidad de realización y en definitiva, sobre su propia legitimidad.

Por el momento, en esa búsqueda de un Derecho Penal efectivo transnacionalmente, es posible identificar en el Derecho Penal comparado, dos grandes modelos o sistemas, sin perjuicio de la existencia de una gran variedad de formas mixtas o combinadas.

3.1 Modelo de Cooperación entre Estados

Por un lado, es cada vez más frecuente hallar sistemas orientados a la cooperación y asistencia entre Estados, a partir de los cuales, las decisiones adoptadas en uno de ellos, resultan aplicables o convocan efectos, en otro Estado.

Este modelo, como es natural, se orienta a dotar de una mayor intensidad y operatividad práctica al esquema clásico de asistencia y colaboración judicial y administrativa, esto es, la cooperación penal internacional.

De allí que, si bien desde una perspectiva meramente teórica, el modelo cooperativo aparenta carecer de originalidad, tampoco es menos cierto que, en no pocas ocasiones, los resultados concretos y prácticos que es capaz de arrojar, no resulten en absoluto desdeñables.

Como es lógico, un modelo jurídico de este tipo, orientado o basado en la cooperación o asistencia entre Estados, exige un fuerte componente de confianza recíproca entre los Estados parte, lo que ciertamente dificulta sus reales posibilidades de éxito por fuera de espacios supraestatales cultural, social e incluso, políticamente homogéneos o afines. De allí que, buena parte de los logros del modelo cooperativo, hayan tenido lugar al interior de la Unión Europea.

Por su parte, y si bien ello ocurre con mayor intensidad en el modelo supranacional, también el sistema de cooperación entre Estados, exige una determinada renuncia o limitación –aunque voluntaria– a la soberanía. Lo que no deja de ser un aspecto de singular importancia, desde el momento que –como enseña Cañardo– es, en las normas penales, donde el atributo de soberanía luce más fuerte.

En los hechos, según el autor:

Esto es así porque son más imperativas que otras variedades de normas. Entendiendo por imperativas las prescripciones acompañadas de un alto grado de coerción

incluyendo el uso de la fuerza pública. El Estado soberano es ese repositorio de legítima violencia, y la dimensión coercitiva de un proceso criminal da peso a esta afirmación. Debido a que la coerción organizada es una característica que acompaña al derecho criminal es mucho más fácil de identificar en el ejercicio y en la prerrogativa de la soberanía nacional (CAÑARDO, 2014).

En sentido similar, Sieber (2008, p. 131) ha señalado que “En el ámbito de los modelos de solución cooperativos cuenta sobre todo la cuestión de en qué medida un Estado que solicita asistencia judicial debe ser apoyado en la persecución de tipos de comportamiento que son impunes en el Estado solicitado.” Para concluir, a partir de la constatación de esa dificultad, que: “Aquí existe una colisión entre la efectiva imposición transnacional del Derecho Penal y la protección del ciudadano contra una distensión extraterritorial excesiva del Derecho extranjero.” Lo que, ciertamente, está lejos de ser un problema menor.

Con seguridad, sea en mérito a estas dificultades que, por el momento, los avances más significativos al interior del modelo de cooperación se hayan conseguido, fundamentalmente, en relación al reconocimiento y aplicación de penas de multa, órdenes de detención europea y exhortos europeos de obtención de pruebas, siempre –claro está– al interior del espacio europeo.

El modelo de cooperación entre Estados, pues, y aunque en forma acotada, ha logrado algunos avances significativos en la transnacionalidad del Derecho Penal, en especial, en lo que hace a la jurisdicción procesal o de aplicación¹⁸ y, en la mayoría de los casos, vinculado a las normas del *soft law* penal y no tanto, como sería deseable, respecto al *hard law*.

3.2 Modelo de Supranacionalidad

Frente al modelo de cooperación entre Estados, se alza otro modelo, verdaderamente más ambicioso en su contenido, y que, en los últimos años, parece concitar un grado cada vez mayor de atención, no sólo en el siempre reducido mundo académico, sino también – y quizás ello sea lo más relevante– en el ámbito de la política internacional, y es el modelo de supranacionalidad.

Este enfoque, de un Derecho Penal supranacional, se orienta ya no a lograr una cooperación o asistencia entre los Estados, sino a procurar, desde el inicio, un ámbito de aplicación

¹⁸ Sobre la diferencia entre los aspectos del concepto de jurisdicción, es decir, la “jurisdicción para prescribir o legislar y la jurisdicción para cumplir o aplicar la ley”, en extenso, v. Cañardo (2014).

territorial de las normas penales, significativamente más extenso y en consecuencia, también, más intenso.

El esquema de supranacionalidad del Derecho Penal, que aquí se menciona, si bien no resulta asimilable al concepto ni al funcionamiento de la llamada jurisdicción penal universal, tampoco se encuentra enteramente desligado de ella. En los hechos, es posible aventurar que, gran parte de los desafíos que habrá de enfrentar la construcción –y fundamentalmente, la puesta en práctica– de un espacio penal supranacional, no difieren en demasía de aquellos que, desde hace siglos, vienen socavando el éxito de la jurisdicción universal.

Ocurre, como es obvio, que las dificultades vinculadas al ejercicio de la soberanía nacional, que no son menores en un modelo de cooperación, en un esquema supranacional adquieren una relevancia y gravedad mucho más acentuadas. En palabras de Cañardo (2014): “[...] la mayoría de las cuestiones analizadas se relacionan en forma última con la soberanía estatal, y no podemos escapar a este problema, de ninguna forma.”.

De allí que, en un modelo supranacional, las cuestiones más arduas tengan que ver, en última instancia, con la propia concepción del poder político, de las posibilidades de delegación del monopolio estatal y en qué condiciones ella es dable de ser sustentada, sin afectar, la propia legitimidad democrática de las prescripciones penales.

En definitiva, y según lo advierte Sieber, “una solución a estos concretos enfoques exige reflexiones básicas sobre teoría del Estado, sobre el principio democrático, sobre el concepto de Derecho Penal y sobre la legitimidad del Derecho Penal y el poder directivo jurídico-penal.” (SIEBER, 2008, p. 131).

Pues, sólo

desde un fundamento de este tipo puede desarrollarse una metanorma que establezca también para casos de colisión qué presupuestos democráticos, del Estado de Derecho y de Derechos Humanos, debe cumplir una norma internacional (creadora o determinadora de Derecho Penal) y cuando debe tener prioridad respecto a determinados derechos de protección nacionales o regionales (SIEBER, 2008, p. 131).

Ahora bien. La efectiva vigencia de un modelo penal de supranacionalidad exige, además de una clara voluntad política de renuncia a espacios de soberanía –en zonas donde esta parece exigir mayor firmeza–, de un arduo y sofisticado trabajo de armonización del

Derecho Penal, en sus aspectos sustantivos y procesales que, como es lógico advertir, tampoco resulta una tarea sencilla.

Sin esa asimilación o armonización del Derecho sustantivo y procesal, el modelo de supranacionalidad dirigido a quitar los espacios de impunidad de la moderna criminalidad globalizada, corre el riesgo de contentarse con una mera lógica simbólica ante la opinión pública y, lo que es aún más grave, de incrementarlos a partir de la confusión jurídica provocada por la compleja yuxtaposición de normas y jurisdicciones competentes.

En esa medida pues, los avances que se pretendan realizar en la construcción de espacios de supranacionalidad penal, no deberían pasar por alto este riesgo.

3.3 Desafíos para un Derecho Penal Globalizado

La enunciación de estas dificultades permite apreciar el extenso elenco de cuestiones – verdaderamente complejas– que yacen al interior del proceso de búsqueda de un Derecho Penal efectivo transnacionalmente, ya sea, a partir de la acentuación del modelo de cooperación entre Estados o, en lo que es una aventura más ambiciosa, mediante la creación de espacios de supranacionalidad penal. Sin embargo, la existencia de estos obstáculos, que ciertamente no son menores, en poco atempera la necesidad –ni la urgencia– de que el Derecho Penal se vuelva, al menos, mínimamente operativo transnacionalmente.

3.3.1 La obligatoriedad de las normas internacionales

A ello debe agregarse, como dificultad intrínseca a las normas internacionales, la circunstancia que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos nacionales o internos de los países, el Derecho internacional público, ofrece una singular problemática en relación a su efectivo cumplimiento por parte de los sujetos a los que está principalmente dirigido, esto es, a los Estados.

Y es así que el estudio del Derecho Internacional Público –y en consecuencia, también del Derecho Internacional Penal– no puede soslayar el peso específico y la real capacidad de poder de los sujetos a los que está dirigido.

De allí que no luzca ocioso, en la propia construcción de espacios de supranacionalidad penal, el interrogarse si efectivamente las normas internacionales que le dan cima, resultan normas jurídicas coercitivas (en el sentido del derecho común) o si por el contrario, se

trata de meras reglas de comportamiento sustentadas en mutuas promesas estatales de actuación, pero a las cuales los Estados –fácticamente– no quedan sujetos; o al menos, no en el mismo sentido que los particulares frente a sus respectivos derechos internos.

En esa dirección, el hecho de que el Derecho Internacional Público no sea Derecho *puesto sino acordado*, complejiza aún más, la ya ardua tarea de concreción de un Derecho Penal supranacional. Más aún, si se advierten las falencias históricas en el grado de cumplimiento internacional de tales compromisos.

3.3.2 La legitimidad de las normas internacionales

En este sentido, una visión realista de las normas internacionales, o si se quiere, menos ingenua de las reglas jurídicas internacionales, no puede circunscribirse a su mero análisis exegético, sino a contrastar sus condiciones de legitimidad; esto es, no sólo al origen formal o a la fuente que le ha dado vida, sino también y principalmente, a su aptitud de ser percibida por los propios Estados como obligatoria.¹⁹

La legitimidad de las normas internacionales, según la doctrina más relevante, como cualidad demostrativa de su real capacidad de cumplimiento y está conformada por diversos aspectos, tales como el pedigré, la adhesión, la coherencia y la determinación.

En consecuencia, la mayor o menor legitimidad de una norma de Derecho internacional alienta –o disminuye– sus posibilidades reales de cumplimiento por parte de los sujetos a los que está dirigida; por ello, un Derecho comprometido con la realidad, no debería desatender tampoco este aspecto.

En ese sentido, según expresa Thomas: “[...] the concept of legitimacy can prove illuminating for international law scholarship and practice. It does not require lawyers to abandon the tools of their trade, but rather calls for reflection on how such tools are to be used.” (THOMAS, 2013, p. 5).

¹⁹ Acerca de la legitimidad de las normas internacionales, como cualidad demostrativa de su real capacidad de cumplimiento y los diversos aspectos que la integran, tales como el pedigré, la adhesión, la coherencia y la determinación, v. Georgiev (1993); Besson (2009); Franck (1988); Bodansky (2012); Thomas (2013).

En mérito a ello, parece necesario –como ha propugnado Cañardo– que exista, en aras de facilitar un Derecho Penal efectivo transnacionalmente,

[...] un renacimiento del interés que toda la comunidad tiene en la observancia o cumplimiento de la ley [...]. Aceptar esto requiere cambiar las concepciones del poder soberano y en la actualidad, es esto más difícil aún que después de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de la cantidad de Instrumentos y Tribunales sobre la materia. (CAÑARDO, 2014).

Pues en definitiva, como señala el mismo autor, “la existencia de la jurisdicción universal, así como de las Cortes; ya sean ad hoc, Internacionales, o híbridas son solo una solución parcial. Es necesaria una transformación para lograr resultados concretos requiriéndose una gradual reorientación de las elites nacionales hacia la aceptación imparcial de *standards* legales comunitarios efectivos.” (CAÑARDO, 2014).

En puridad, se observa una preeminencia de la importancia de aspectos más relacionados con la dimensión política que los meramente jurídicos.

4 CONCLUSIONES

En conclusión, el verdadero desafío de la ciencia penal de nuestros días, no reside en la práctica sofisticada de una crítica exegética a las normativas vigentes o proyectadas, por más inteligente que esta sea, pues ello, en el actual estado de situación, es una manera, quizás elegante pero de seguro inútil, de abonar un *status quo*, que en una democracia constitucional moderna, ya no puede tener cabida.

Las transformaciones sociales que han tenido lugar en las últimas décadas, exigen la creación y el desarrollo de un Derecho Penal del riesgo y globalizado, que esté a la altura de los desafíos cotidianos, pues de ello depende, en buena medida, la propia legitimidad democrática del sistema penal nacional e internacional.

En otras palabras, el Derecho Penal moderno, propio de una democracia constitucional, no es aquél que se contenta y satisface con atrapar, una y otra vez, a los perdedores de siempre –a los que, claro que no debe dejar de atrapar– sino también, y fundamentalmente, el que intenta estar a la altura de los desafíos modernos, que no son otros, que los propios de la sociedad del riesgo y globalizada en que vivimos y en la que, el Derecho Penal está llamado a asegurar la convivencia.

Hace ya algunos años, Bertrand de Jouvenel (1998), sentenció: *El Derecho ha perdido su alma y se ha convertido en una jungla*.

Pues bien. El desafío de la ciencia jurídica, y del Derecho Penal internacional, en los próximos años, no es otro que ensayar caminos para desandar esta jungla y devolverle el alma al Derecho.

REFERENCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000. p. 471-487.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Salamanca: Alianza, 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno**. Madrid: Alianza, 2008.

BESSON, Samantha. The authority of international law: lifting the state veil. En: **Sydney Law Review**, v. 31, 2009.

BODANSKY, Daniel. Legitimacy in international law and international relations. En: **Draft**, January, 26, 2012.

CANCIO, Manuel. En: JAKOBS, Gunther; CANCIO, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

CAÑARDO, Hernando V. Cuestiones de derecho internacional penal y la modificación a la ley orgánica española de jurisdicción universal. El Dial (Buenos Aires, 2014). Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?base=50&vengode=suple&fecha_publicar=27/04/2017&suple=Constitucional&id=7732>. Acceso en: 27 abr. 2017.

DIEZ RIPOLLÉS, José. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: BdeF, 2007.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: BdeF, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FRANCK, Thomas M. **Legitimacy in the international system**. En: **The American Journal of International Law**, v. 82, 1988.

GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. En: **European Journal of International Law (EJIL)**, p. 1-14, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Bogotá: Temis, 1999.

HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del derecho penal. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; ADÁN NIETO, Martín (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Universidad Castilla / La Mancha, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. Buenos Aires: FCE, 2009.

HOBBS, Thomas. **De cive**. XIII. Madrid: Alianza, 2000.

HORTAL, Juan. Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP): a la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección "penal" de la prevención de riesgos laborales. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina**. Buenos Aires: BdeF, 2009.

JAKOBS, Gunther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.

JOUVENEL, Bertrand de. **Sobre el poder**: historia natural de su crecimiento. Madrid: Unión, 1998.

MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMENEZ, Joan Josep (Dir.). **La seguridad pública ante el derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2010.

MIR PUIG, Santiago; CORCOY, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de los derechos de los trabajadores**: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina. Buenos Aires: BdeF, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secundat, Baron de La Brèd y de. **El espíritu de las leyes**. México (DF): Porrúa, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; ADÁN NIETO, Martín (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Universidad Castilla / La Mancha, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, María. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Summa teologica**: parte I-IIae: Cuestión 96. [S. n. t.].

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Buenos Aires: BdeF, 2012.

SIEBER, Ulrich. Límites del derecho penal: fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. En: **Revista Penal**, Madrid, n.º 22, 2008.

SILVA, Jesús. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Buenos Aires: BdeF, 2012.

SILVA, Jesús. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: BdeF, 2011.

THOMAS, Chris A. The concept of legitimacy and international law. En: **Law, Society and Economic Working Papers (LSE)**, n. 12, p. 14-16, diciembre 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

Submissão em: 9 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 2 setembro 2018

Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio (Venezuela), frente a la Zona Económica Especial Fronteriza

NEIDA COROMOTO ALBORNOZ ARIAS¹

SERGIO GILBERTO CAPITO MATA²

RINA MAZUERA ARIAS³

Resumen: En diciembre de 2014 se crea la Zona Económica Especial Fronteriza Ureña-San Antonio y el Sistema de Regionalización Nacional, cuya finalidad es impulsar la producción y desarrollo en la región. Esta iniciativa considera criterios como: potencialidades económicas, culturales, históricas y estratégicas del territorio fronterizo y plantea la liberalización de restricciones arancelarias. A estas condiciones, se añade el decreto de cierre de la frontera colombo-venezolana, establecido desde agosto de 2015 y el resultado en el indicador sobre la facilidad para hacer negocios en Venezuela y Colombia, del Proyecto Doing Business 2015. El objetivo de este trabajo es analizar, mediante una investigación documental, los mecanismos legales para el Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio, a través de la creación y formalización de empresas.

Palabras clave: desarrollo económico local, creación de empresas, Zona Económica Especial, aranceles, descentralización.

Title: Local Economic Development in San Antonio-Ureña (Venezuela), through the formalization of enterprises

Abstract. In December 2014 are created the Ureña-San Antonio Special Border Economic Zone and the System of National Regionalization, in order to boost the region production and development. This project involves criteria, such as: historical, economic, strategic and cultural potential of the border area and raises the liberalization of tariff restrictions. To these conditions, the decree closing the Colombian-Venezuelan border established since August 2015, and the result in the display on the ease of doing business in both countries, the Project Doing Business 2015 is added. The aim of this paper is to analyze, through a documentary research, legal mechanisms for Local Economic Development in San Antonio and Ureña, through the creation and formalization of enterprises.

Keywords: local economic development, entrepreneurship, Special Economic Zone, tariffs, decentralization

¹ Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas, Docente-investigadora de la Universidad Simón Bolívar - sede Cúcuta (Colombia).

² Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, México; Maestro en Derecho Constitucional y Amparo; Candidato a Doctor en Derecho Penal; Coordinador del área de Ciencias penales de la Facultad de Derecho Mexicali. (México).

³ Doctora en Derecho, Docente-investigadora de la Universidad Simón Bolívar - sede Cúcuta (Colombia).

1 INTRODUCCIÓN

Como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2015), el Desarrollo Económico Local (DEL) permite potenciar los recursos y características propias de una localidad, con el fin de mejorar la economía del territorio y la creación de empleo; es un proceso donde intervienen diversos actores locales en el marco de un plan de desarrollo local; plan que debe contener objetivos estratégicos locales que permitan aprovechar las capacidades y potencialidades productivas de la zona y que se conviertan en ventajas comparativas.

Las ciudades ubicadas en los límites fronterizos deberían gozar de beneficios económicos, sociales y culturales dada su ubicación dentro del territorio nacional y proximidad a otros territorios extranjeros, aun así algunas en América Latina, no gozan de esos beneficios sino que existe pobreza, desempleo, pocas empresas productivas, escasa infraestructura productiva instalada; escenario perfecto para la economía informal.

En las ciudades venezolanas que limitan con Colombia, en particular Ureña y San Antonio (Táchira-Venezuela), existe desde hace años, una economía informal originada por diversas causas, donde juegan un papel importante factores económicos, sociales y culturales. Los actuales problemas económicos en Venezuela, producto del control de precios, control del tipo de cambio y la política interventora del gobierno ha dado lugar, a un contexto de economía informal, afectándose el aparato productivo de la zona y estancándose el desarrollo local y regional. El presente artículo de reflexión tiene como objetivo analizar los mecanismos legales para el Desarrollo Económico Local en Ureña-San Antonio, a través de la creación y formalización de empresas.

La reflexión se hace desde cuatro perspectivas: 1. Desarrollo económico local y regional; 2. Economía informal; 3. Actividad empresarial como elemento de formalización de la economía; y 4. Mecanismos legales para el desarrollo local a través de la creación de empresas y la producción en Ureña-San Antonio.

En la tercera parte del artículo se hace referencia a Colombia con fines comparativos por dos razones: primero por la proximidad que tiene con las ciudades Ureña y San Antonio y segundo para entender cómo las condiciones estructurales y sociales en un país, son clave para los emprendedores y la creación de empresas por existir un entorno regulatorio más favorable.

2 DESARROLLO ECONÓMICO LOCAL Y REGIONAL

Desarrollo significa “evolución de una economía hacia mejores niveles de vida” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014); lo cual relaciona la riqueza económica de una región o país, en pro del bienestar de sus ciudadanos.

El desarrollo económico bajo el enfoque neoclásico (que supone que las economías de países desarrollados y en vías de desarrollo funcionan de manera semejante); tiene varios precursores entre los cuales se destaca Rostow, quien señala que el despegue del desarrollo requiere “la canalización del ahorro interno y externo para que genere un volumen de inversión suficiente para acelerar el crecimiento económico.”⁴ (TODARO, 1988, p. 96).

Bajo este mecanismo, una mayor inversión lleva a un mayor crecimiento, lo cual es explicado por el modelo de crecimiento de Harrod y Domar, que indica que “todos los países deben ahorrar cierta proporción de su renta nacional para reemplazar los bienes de capital (edificios, equipo, materiales) que se han desgastado o deteriorado,” (TODARO, 1988, p. 96; GUTIÉRREZ, 2004). Esta corriente de los años sesenta, busca explicar las transformaciones económicas desde la perspectiva capitalista. Por tanto, el aumento del ahorro e inversión es considerado como un elemento necesario para acelerar el crecimiento, sin embargo, se requieren otras condiciones estructurales, institucionales y culturales que signifiquen “mercados de bienes y dinero bien integrados, unas redes de transporte muy desarrolladas, mano de obra educada y calificada, motivación para el éxito, y burocracia estatal eficiente.” (TODARO, 1988, p. 98), es decir, dirección empresarial competente, y

⁴ Donde el crecimiento económico viene dado por la relación entre la **propensión al ahorro** dividido por el **capital total**; teniendo el capital total una relación directa con el producto nacional bruto o producción (relación capital / producto a nivel agregado, en el país).

capacidad para planificar y administrar proyectos; pero, en países subdesarrollados están ausentes todos o algunos de estos factores.

La cuestión del desarrollo en países subdesarrollados, resalta Albert O. Hirschman en su obra *la Estrategia del Desarrollo Económico*, producto de su estancia en Colombia (período 1952-1956). Señala que la raíz del problema se encontraba en la pobreza, pues los pobres tenían insatisfechas necesidades de salud y educación (eran analfabetas); les era difícil incrementar la productividad por no tener destrezas para el acceso a los (créditos y tierra) y sin acceso a los mercados por no contar con medios de transporte eficientes; y la consecuencia eran muchas personas que producían únicamente para el consumo diario sin generar ahorro. Su pensamiento económico se basó en observaciones sobre los problemas (a través de conversaciones con finqueros, banqueros locales, artesanos e industriales); dando importancia a las actividades individuales es decir, prácticas de lo que la gente hacía y no de lo que debería hacer, lo cual lo llevó a un punto de vista de los problemas locales que posteriormente lo planteó como un patrón de empresariado local (ADELMAN, 2008). Esta obra constituiría un antecedente valioso sobre el desarrollo desde dentro del pensamiento neoestructuralista, adoptado por la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) a finales de la década de los años ochenta.

Entre los años setenta y ochenta surge la Teoría Estructuralista⁵ del desarrollo, del cual su pionero es Taylor (1983) quien señala que en los países en desarrollo hay inflexibilidades, carencias institucionales e imperfecciones en el mercado que hacen que los países tengan diversidad de características donde las pautas liberales de crecimiento, no tienen los resultados propuestos por la escuela neoclásica, situación en la que se encontraban los países subdesarrollados de América Latina producto de la crisis económica de los años ochenta.

⁵ La Teoría Estructuralista tiene su origen en 1950 en el Plan Prebisch, debido a que creían que “la estructura de los países pobres es distinta a la de los países ricos, por tanto funcionan diferente y este Plan propuso la industrialización por sustitución de importaciones, también conocida como ISI; es decir, “las economías subdesarrolladas se especializan en productos primarios y con poco componente tecnológico, enfatizando las dificultades de la Periferia para generar e integrar el progreso técnico, así como para atenuar la presión que el excedente de mano de obra ejerce sobre la demanda interna e incrementar su productividad, frente a la tendencia opuesta de los países del Centro” (PREBISCH, 1950).

Por ello, los pensadores de la corriente estructuralista, insisten en la necesidad de que se genere **un cambio en las estructuras sociales y económicas y se adapten a cada país**, destacando, de manera especial, el papel dinamizador de la industria como motor de arrastre para el resto de sectores. Para **augmentar la productividad creen fundamental la incorporación de nuevas tecnologías**, aunque no descartan la importación como único medio para conseguirlo, ya que se estaría fomentando la dependencia tecnológica. “**La teoría estructuralista propugna la intervención del Estado** en la economía tanto para la defensa de la industria incipiente como para la mejora en la distribución de la renta o el desarrollo de un mayor equilibrio en las relaciones económicas internacionales” (negrillas propias) (AGUADO MORALEJO; ECHEBARRIA MIGUEL; BARRUTIA LEGARRETA 2009, p. 97).

En la década de los 60 y 70, tuvo influencia la Escuela Heterodoxa la cual coincide con la Teoría Estructuralista, en la necesidad que en países del Tercer Mundo, donde la industrialización ha llegado tarde, es fundamental la intervención del Estado para acelerar el crecimiento, aunque sea distorsionando los precios, con intervenciones favorables, fomentando sectores prioritarios de la industria, para así comenzar a cerrar la brecha entre países pobres y ricos, como lo han hecho las economías de Japón, Taiwan y Corea del Sur (AMSDEN, 1992).

Para hacer frente a la crisis de la década de los ochenta de América Latina, Williamson (1990) propuso el Consenso de Washington, presentado a organizaciones de asesoramiento político como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial y Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. El consenso planteó una receta de temas para la recuperación económica de los países de América Latina, de cara a la crisis económica y financiera de los años 80 (causada por el incremento en el precio del petróleo, la deuda externa y tipos de interés en Estados Unidos y el mundo); conocidos como políticas de estabilización y ajuste, la cual comprendía diez apartados⁶.

Taylor (1997) (precursor del enfoque estructuralista), cuestiona el aplicar devaluación en los países subdesarrollados de cara al *déficit* comercial, lo cual era para generar confianza en los inversores extranjeros y evitar que repatriaran los capitales; porque esta medida genera inflación, incremento interno de precios, afecta de manera negativa el poder de compra de la población y la demanda agregada y podría generar recesión de la economía; y el empleo del tipo de cambio para luchar con la inflación termina deteriorando el saldo de la balanza comercial, lo cual conlleva a mantener tipos de interés altos, incremento de la pobreza de hogares en las ciudades y por ello, la teoría económica heterodoxa bajo el enfoque neoclásico y keynesiano, orientada en apostar al desarrollo, fue inadecuada en América Latina.

⁶ 1) Disciplina en la política fiscal, evitando déficits fiscales; 2) Redirección del gasto público en inversión en proyectos clave para el desarrollo, servicios a los pobres como educación primaria, servicios de salud e infraestructura. Para ello, propone reducir los subsidios innecesarios; 3) Reforma tributaria para la cual propone adopción de tipos impositivos marginales moderados y ampliar la base tributaria; 4) Tipos de interés positivos, generados por el mercado en términos reales; 5) Tipos de cambio competitivos; 6) Libre mercado, liberación de importaciones, eliminación de restricciones cuantitativas (licencias), las protecciones comerciales con aranceles; 7) Liberalización de barreras a la inversión extranjera directa; 8) Privatización de empresas estatales; 9) Eliminación de regulaciones que impidan el acceso al mercado o restrinjan la competencia excepto, que estén justificadas por motivos de seguridad, protección del medio ambiente y consumidor; aunque contempla una supervisión prudencial a entidades financieras; 10) Seguridad jurídica para los derechos de propiedad.

Otra crítica del Consenso de Washington ha sido el hecho de ser considerado un paquete de políticas impuestas a países pobres y en vías de desarrollo, por entidades financieras internacionales de Washington, como condición para poder recibir préstamos del FMI y Banco Mundial; aunque algunos defiendan el libre mercado, critican que occidente ha generado beneficios desmedidos, evitando que los países ricos se abran a las exportaciones de países pobres, y exigiendo a estos últimos que expandan sus mercados a las exportaciones de los países desarrollados; y además presionándolos para que eliminen los subsidios (TAYLOR, 1997; STIGLITZ, 2003; RODRIK, 2006).

A finales de los años 80 e inicios de los años 90, de manera paralela al Consenso de Washington, surgen los precursores de la Teoría Económica del Desarrollo, cuyos aportes están encuadrados dentro de la conocida economía con enfoque estructuralista, la cual señala que los países subdesarrollados requieren un compendio teórico y analítico (económico e institucional) distinto, a los postulados convencionales. En cuanto a lo institucional, “el Estado, los derechos de propiedad, los sistemas de explotación agraria, etc. tienen reacciones lentas o son sencillamente disfuncionales, por lo que ejercen freno al progreso”; en cuanto a lo económico lo corriente “es un funcionamiento defectuoso de los mecanismos del mercado, que presenta imperfecciones”. En cuanto al marco internacional hay otras barreras, como por ejemplo la subordinación comercial y técnica; problemáticas que pueden superarse con la intervención del Estado, para que sea posible la libre competencia y libre comercio (BUSTELO, 1998, p. 22).

Es así como surge el neoestructuralismo (enfoque donde se fusiona la economía política clásica, pensamiento keynesiano, aportaciones de la Economía del Bienestar y otras ciencias sociales), cuyos aportes recupera el pensamiento de la CEPAL, través de las políticas neoestructuralistas inspiradas en “la estrategia de transformación productiva con equidad y **de desarrollo desde dentro**” (negrillas propias) (BUSTELO, 1998, p. 253); propuesta que hace la CEPAL a principios de los años noventa, cuyos objetivos son: crecimiento económico sostenido a través de la inserción en el mercado mundial, generación de empleo productivo, reducción de la pobreza extrema, mejora en la distribución de la renta y fomento de las libertades públicas; así como la incorporación en la empresa de nuevas tecnologías de producto, de proceso y de comunicaciones en los procesos productivos y uso de la fuerza laboral más barata y menos conflictiva en las zonas periféricas, donde las decisiones del empresario están condicionadas por “la identificación de cada territorio, estructura del sistema productivo, las características de su mercado de trabajo y el sistema de relaciones sociales y productivas” (VÁSQUEZ BARQUERO, 1988, p. 70); además en el territorio también se diagnostican “los recursos naturales y humanos existentes, la apertura de la economía local a los mercados nacionales e

internacionales y capacidad de organización de respuesta local” (VÁSQUEZ BARQUERO, 1999, p. 17). En este mismo sentido, Albuquerque Llorens (1996, p. 8), denomina el desarrollo desde dentro como desarrollo endógeno, enfocado en la potenciación de los recursos locales, cuya estrategia es facilitada por “procesos de descentralización y el traspaso consiguiente de competencias a las comunidades regionales y locales”, dado que los actores locales poseen mayor conocimiento de los problemas, recursos potenciales, aspectos ambientales, culturales y geográficos así como relación con otros actores sociales, lo cual permite generar respuestas apropiadas; lo cual implica que las iniciativas deben “planificarse, ejecutarse y coordinarse a nivel local” (TELLO, 2010, p. 53).

Con respecto al **desarrollo desde dentro**, Sunkel y Zuleta (1990), desde la CEPAL señalan que consiste en generar y acumular en cada país, un progreso técnico que permita crecer de manera dinámica, con o sin inversión privada extranjera. Esto conlleva a la orientación de la industrialización, a la producción de bienes exportables hacia los mercados internacionales que se consideren van a significar una estrategia de desarrollo a largo plazo. No implica tener que sustituir las importaciones porque las mismas son necesarias. Realmente, consiste en fomentar el crecimiento exportador, basado en exportaciones primarias y manufacturadas, incrementar la demanda internacional de estos bienes, es decir, fomentar la competitividad.

De igual manera, la década de los noventa cuenta con el enfoque de Economía Geográfica que corresponde a los aportes de Krugman (1995), donde reconoce la forma localizada del desarrollo económico. Es decir, las empresas se ubican en zonas que representan la mayor demanda de sus bienes producidos, donde los costos de transporte para adquirir insumos son más baratos (VÁSQUEZ BARQUERO, 1988).

El enfoque de Economía Geográfica también está en la línea del aporte teórico de Porter (1991), quien argumenta que la generación de ventajas competitivas de una región, país o localidad contribuye con su desarrollo; y en ese proceso de generar dichas ventajas competitivas, se identifican cuatro elementos que se relacionan entre sí y conforman un diamante que significa el potencial, para que esa región, país o localidad logre dicha ventaja competitiva. Estos elementos son: dotación de elementos básicos como la tierra, mano de obra y capital (ventajas comparativas); la demanda de los consumidores que crean largas tradiciones y cultura (exigencia de los clientes); marco institucional y prácticas comerciales existentes (reglas claras e incentivos) y la **existencia de un conglomerado empresarial** (clúster), que se entiende como la conformación de una agrupación de empresas; factores que están sujetos a pautas de ubicación de actividades productivas, dimensión de procesos espaciales, urbanización y desarrollo del territorio; determinadas

por el cambio tecnológico y transformación de la organización empresarial (SCOTT, 1985).

No obstante, “los procesos de reestructuración del espacio en las economías de desarrollo tardío” (VÁSQUEZ BARQUERO, 1988, p. 78) podría desvirtuar la visión estructuralista y el enfoque de economía geográfica puesto que no favorecen la aplicación de la lógica de la economía geográfica, porque la estructura industrial se caracteriza por “una baja división del trabajo, con relativamente pocas empresas en cada segmento del mercado [...]” generalmente las empresas grandes “dominan estos mercados [...] falta el conjunto de empresas medianas, mientras existe un número grande de productores pequeños, muchas veces concentrados en agrupamientos preindustriales” (HELMSING, 2002).

En este sentido, para Todaro (1988, p. 94), el concepto de Desarrollo se corresponde con un:

[...] proceso multidimensional que lleva consigo la reorganización y reorientación de los sistemas económicos y sociales, que no se limita a elevar los niveles de renta y producción sino que da lugar, además, a **transformaciones** importantes de las **estructuras institucionales, sociales y administrativas, modifica las actitudes de la gente y en muchos casos incluso las costumbres y creencias** (negritas propias).

Es decir, se trata de un desarrollo, que no solamente implica la eliminación de las distorsiones del mercado para que el país pueda crecer económicamente, sino que requiere un marco institucional para que el mercado funcione eficientemente.

El concepto de desarrollo ha evolucionado desde el plano económico al social y cultural, siendo tema central de las Naciones Unidas en la Cumbre de Copenhague de 1995 y la Desarrollo Social en Ginebra (2000). En la Cumbre de Copenhague se reconoce la importancia del **desarrollo social**, que junto al desarrollo económico y protección al medio ambiente, conforman los tres componentes del desarrollo sostenible. Por su parte, en la Cumbre sobre Desarrollo Social de Ginebra, también exhortan a los Estados miembro de las Naciones Unidas, a crear sociedades equitativas y justas desde el punto de vista social y centradas en el ser humano, por tanto de allí emanan iniciativas en pro del desarrollo social (ONU, 2000).

Bajo todas estas visiones surge el Desarrollo Local y Regional con enfoque Económico, como respuesta “a la crisis macroeconómica y al ajuste” (DI PIETRO PAOLO, 2001, p. 21), el cual comprende una serie de actividades dirigidas a mejorar el bienestar económico de la región, es decir, que permita lograr calidad de vida para la población a través de la

articulación de medios de producción, recursos locales, comunidad, gobierno local (TELLO, 2010). Para Albuquerque Llorens (1996) el desarrollo local se refiere a un proceso de reactivación de la economía que considera el aprovechamiento de los recursos endógenos de la localidad, estimula el crecimiento económico, crea empleo y mejora la calidad de vida.

Es a partir de los años noventa, cuando bajo este enfoque de desarrollo, claramente se han considerado temas sociales, ecológicos, políticos y culturales, enfocando las estrategias y acciones en “la reducción de las desigualdades sociales, promoción de la sostenibilidad ambiental y fomento de los gobiernos y gobernanzas inclusivas” (PIKE; RODRÍGUEZ POSE; TOMANEY, 2011, p. 50); donde juega un papel importante la **ampliación de la capacidad del ser humano** para lograr el desarrollo de manera directa (afecta el cambio de las libertades del ser humano del bienestar social y calidad de vida por su valor intrínseco y por formar parte de una localidad o comunidad), o indirecta (permite estimular la productividad, elevar el crecimiento económico, diversificar las prioridades de desarrollo) (SEN, 1998; SEN, 1985; NUSSBAU; SEN, 1993). El incremento de las capacidades humanas que hace referencia Sen (1998), son avances sociales enfocados en mayor educación de calidad, prevención y atención sanitaria y otros factores que afectan las auténticas libertades que deben estar contenidos en la política estatal; también se relaciona con la profesionalización que deben reunir las personas, en “la sociedad del saber” que según Drucker (2003, p. 208) “gran número de personas, quizás incluso la mayoría” tengan algo más importante que la seguridad económica, como es el “prestigio social o bienestar social”.

El Desarrollo Local y Regional antes referido, debe caracterizarse por ser flexible y por tanto cambiante (varía de un país a otro así como dentro de un mismo país); está sujeto a cambios: políticos, de moneda circulante, catástrofes medioambientales; y son los agentes gubernamentales y los ciclos políticos que reajustan la política pública para el desarrollo local y regional (PIKE; RODRÍGUEZ POSE; TOMANEY, 2011).

Por su parte, para Vásquez Barquero (1994, p. 4), el desarrollo económico “tiende a ser cada vez más un fenómeno urbano [...] condicionado por la armadura urbana del territorio y por la integración y competitividad de las ciudades” es decir, por ciudades que hayan adoptado modernas redes de transporte y telecomunicaciones que serán el puente entre lo regional y global y por tanto, son puntos de atracción de inversionistas industriales y de servicios, por ello, el desarrollo local o territorial se plantea en función del empleo y productividad efectiva.

Dado que el Desarrollo Económico Local (DEL) tiene tres dimensiones como son:

Económica (que incluye los medios de producción por cuyo intermedio las empresas locales pueden usar eficazmente los recursos locales [...]); la **sociocultural** (es decir, la red social y económica en que los valores y las instituciones apoyan el proceso de DEL), y la dimensión **política y administrativa** (que atañe a las iniciativas que crean un entorno local y comercial favorable al fomento del desarrollo económico local) (negrillas propias) (TELLO, 2010, p. 53); es fundamental la vinculación del gobierno local y los actores locales: político-institucionales (ligados a toma de decisiones), expertos-profesionales (ligados a técnicas particulares) y la población y sus expresiones activas (ligados a la acción sobre el terreno) (DI PIETRO PAOLO, 2001, p. 27); pero en la práctica algunas veces funcionan de manera desarticulada: las iniciativas de desarrollo local son un elemento estratégico singular para las economías regionales [...] y una nueva forma de abordar una política regional que está presente y que está funcionando y que evidentemente no todos los gobiernos regionales [...] no todas las administraciones centrales se dan cuenta que está operando” (VÁSQUEZ BARQUERO, 1994, p. 2).

Como respuesta a la desarticulación de los actores locales, las iniciativas en materia de desarrollo económico local no logran materializarse, por ende el tejido empresarial opera de manera aislada, no se formalizan empresas y algunas micro y pequeñas empresas están desorientadas y desasistidas, lo cual constituye un espacio propicio para la economía informal.

3 ECONOMÍA INFORMAL

La economía informal se refiere a todas aquellas actividades económicas que generan ingresos y que son omitidos o no declarados ante las autoridades tributarias. Son actividades económicas que siempre han existido pero, a medida que su práctica se incrementa, se afecta el ritmo de desarrollo de la economía de cualquier país. El término ha tomado diversas denominaciones: “economía sumergida, paralela, no oficial, no registrable, no declarada, disimulada, clandestina, invisible, marginal, dual, oculta, negra, alternativa, popular” (ARANGO LONDOÑO, 2005, p. 474).

El sector informal⁷ absorbe una importante parte de la mano de obra, con escasa o nula formación educativa, que a futuro no tiene garantizado un empleo que brinde una estabilidad laboral, por tanto son empleos de baja calificación, por tanto, la Economía informal es la mejor solución para contratar personas que otros empresarios no contratarían. Según la OIT (2015) existen 27 millones de jóvenes en la economía informal en América Latina y

⁷ Según el Instituto Nacional de Estadística, el sector informal lo constituyen personas ocupadas en actividades como servicio doméstico, trabajadores por cuenta propia no profesionales (vendedores, artesanos, pintores, carpinteros, buhoneros) (VENEZUELA, 2014).

el Caribe y 6 de cada 10 empleos disponibles para jóvenes entre 15 y 24 años, pertenecen al sector de la economía informal.

Según el Instituto Nacional de Estadística de Venezuela (2014) en cuanto a cifras disponibles del mercado laboral al segundo semestre del 2013, la tasa de ocupados es de 92,5% y desocupados es 7,5%; de los ocupados el 59,1% son formales y el 40,9% informales en el ámbito nacional. Con respecto al Estado Táchira, la tasa de ocupados es de 96,3%, desocupados el 3,7%; ocupados formales 50,6% y ocupados informales el 49,4%. En las actividades económicas de la población ocupada del Estado Táchira, predominan las del sector terciario: actividades agrícolas, pecuarias y caza 9,9%; industria manufacturera 11,6%; construcción 6,4%; comercios, restaurantes y hoteles 26%; transporte, almacén y comunicaciones 9,2%; establecimientos, seguros y bienes inmuebles 5,3%; servicios comunales, sociales y personales 30,5%; explotación de hidrocarburos, minas y canteras 0,3%; electricidad, gas y agua 0,6% y actividades no bien especificadas y/o no declaradas 0,2%.

En este sentido, Arango Londoño (2005) considera que existen factores que promueven la economía informal, como son los impuestos y las reglamentaciones. Con relación a los impuestos señala que en países con altas tasas impositivas se tiende a ocultar ingresos para pagar menos impuestos. Cuando se refiere a las reglamentaciones son todas aquellas normas y leyes de difícil cumplimiento que envuelven engorrosos procedimientos legales y alto número de requisitos para constituir una empresa, que significan pérdida de tiempo y por tanto, incita a la práctica de las actividades económicas informales.

Adicionalmente, Tokman (1997) señala que una de las medidas para acelerar el crecimiento económico y coordinar la política macroeconómica es a través de los tipos de interés, lo cual contribuye con el equilibrio y orden de las políticas fiscales y monetarias, necesarias especialmente en Venezuela, donde tampoco es fácil el acceso a créditos para financiar la creación de empresas y el costo de la deuda es alto, lo que contribuye a la existencia de la economía informal.

Mientras la economía venezolana siga atravesando por sucesivas devaluaciones de la moneda, continuarán las prácticas de comercio informal. Es posible emprender acciones desde la perspectiva del desarrollo económico local y para ello, existen diversas iniciativas que permiten poner en marcha estrategias de desarrollo local. Una de las estrategias es la creación de empresas y formalización de empresas ya existentes, sujetas a pautas de ubicación considerando la naturaleza de las actividades productivas, procesos espaciales y urbanización del territorio lo cual forma parte de la transformación de la organización empresarial (ALBURQUERQUE LLOREMS, 2003; ALBURQUERQUE LLOREMS 2004; TELLO, 2010; SILVA LIRA; SANDOVAL, 2012).

4 ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO ELEMENTO DE FORMALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

Como señala Chávez-Jiménez y Vargas-Hernández (2012, p. 240), la creación de empresas ha sido uno de los pilares fundamentales para aportar soluciones a los problemas económicos en determinados países, a través de la creación de empleo, innovación empresarial, crecimiento económico. Las empresas y organizaciones en general son creadas con unos propósitos que vienen dados por circunstancias que favorecen la creación de empresas, por ende las empresas “son creadas para aprovechar estas oportunidades” y deben identificarse las oportunidades empresariales (GÓMEZ, 2007, p. 240); de allí, que se han estudiado los factores que influyen en la creación de empresas y han surgido diversas teorías que tratan de explicarlo; las mismas, se han agrupado en cuatro enfoques: económico, psicológico, gerencial, sociocultural o institucional.

De los cuatro enfoques anteriores es interesante, interesa para este trabajo el enfoque institucional. Según este enfoque las condiciones sociales y estructurales que existen en un país son los detonantes claves para los emprendedores, si un país tiene una estructura institucional sólida, que cumple sus funciones, tendrá un mayor número de empresas y un crecimiento económico mayor en comparación con otros, pero es indispensable la articulación entre las instituciones económicas, sociales, educativas y políticas (CHÁVEZ-JIMÉNEZ; VARGAS-HERNÁNDEZ, 2012).

En la práctica, una de las formas de verificar la articulación de las instituciones en los países es con el Proyecto Doing Business (2015), informe del Banco Mundial que ofrece una medición de las normas que regulan la actividad comercial en 189 economías y ciudades. Las economías se clasifican del 1 al 189 en cuanto a la facilidad para hacer negocios, en donde se puede visualizar que las instituciones que intervienen en la creación de empresas no se encuentran articuladas en un objetivo común: apoyar la creación de empresas.

En este caso, la actividad comercial en Venezuela se señala en comparación con Colombia por su proximidad y por tratarse en la tercera parte del artículo, los mecanismos legales para el Desarrollo Económico Local a través de la creación de empresas y la producción en Ureña-San Antonio del Táchira (Venezuela), ciudades que se encuentran en frontera con Colombia.

En la **Tabla 1** se muestra los puestos de Colombia y Venezuela en algunos indicadores de la actividad empresarial que ofrece este informe. La primera fila de la tabla, presenta la

clasificación global en cuanto a la facilidad para hacer negocios (entre 189 economías). La segunda fila, indica la distancia a la frontera⁸ (DAF), (la frontera se refiere a la brecha entre el desempeño de una economía en particular y el mejor desempeño a nivel global en cualquier punto en el tiempo).

Luego se presentan los indicadores y su comparación con las medias regionales (América Latina y El Caribe y los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE), en los temas: apertura de un negocio y comercio transfronterizo. Una clasificación elevada indica un entorno regulatorio más favorable para la creación y operación de una empresa local.

Tabla 1: Clasificación de las economías en cuanto a la facilidad para hacer negocios

	Puesto en el Doing Business			
	Colombia	Venezuela	América Latina y El Caribe	OCDE
Puesto en el Doing Business 2015	34	182	--	--
Doing Business 2015 DAF (puntos porcentuales)	72,3	41,4	--	--
Apertura de un negocio	84	182	--	--
Número de procedimientos	8	17	8,3	4,8
Tiempo (días)	11	144	30,1	9,2
Costo (% de ingreso per cápita)	7,5	49,9	31,1	3,4
Comercio transfronterizo	93	176	--	--
Documentos para exportar (número)	4	8	6	4
Tiempo para exportar (días)	14	56	16,8	10,5
Costo de exportación (US\$ por contenedor)	2.355	3.490	1.299,1	1.080,3
Costo de exportación (US\$ deflactados por contenedor)	2.355	3.490	1.299,1	1.080,3
Documentos para importar (número)	6	9	7	4
Tiempo para importar (días)	13	82	18,7	9,6
Costo de importación (US\$ por contenedor)	2.470	3.695	1.691,1	1.100,4
Costo de importación (US\$ deflactados por contenedor)	2.470	3.695	1.691,1	1.100,4

Fuente: Banco Mundial. *Doing Business* 2015a, *Doing Business* 2015b.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

⁸ Esta medida muestra la distancia de cada economía a la “frontera” que representa el mejor desempeño observado en cada uno de los indicadores en todas las economías de la muestra de Doing Business. La medida permite a los usuarios observar la brecha entre el desempeño de una economía en particular y el mejor desempeño a nivel global en cualquier punto en el tiempo. También permite evaluar el cambio absoluto en el entorno regulatorio de una economía a través del tiempo medido por Doing Business. La distancia a la frontera de una economía se muestra en una escala del 0 al 100 en la que 0 representa el desempeño más bajo y 100 la frontera. Por ejemplo, una puntuación de 75 en DB 2014, significa que una economía se encontraba a una distancia de 25 puntos porcentuales de la frontera determinada por el mejor desempeño entre todas las economías a través del tiempo.

4.1 Apertura de un Negocio

La lectura de los datos recogidos en la Tabla 1, indican que iniciar un negocio en Venezuela es más difícil que hacerlo en Colombia. El informe Doing Business (2015), coloca a Venezuela en el puesto 182 y a Colombia en el 84, de un total de 185 naciones evaluadas. Se observa que abrir un negocio en Venezuela puede tardar 144 días, en Colombia 11 días, mientras que el promedio en América Latina y El Caribe es de 30,1 días y en los países desarrollados 9,2 días. De igual forma, por lo menos 17 procedimientos o pasos deben hacerse para establecer una nueva empresa en Venezuela y en Colombia la mitad del número de procedimientos; mientras que el promedio en América Latina y El Caribe es 8,3 procedimientos y en los países desarrollados 4,8 procedimientos.

4.2 Apertura de un Negocio, Forma Jurídica: las Sociedades

Para entender la complejidad y diferencia entre los dos países, se escoge para ejemplificar, como forma jurídica para la creación de empresas (OVIEDO ALBAN, 2011), las sociedades mercantiles en particular las sociedades anónimas, tienen mayor interés (HERRERA ROBLES, 2001), por ser sociedades de capitales (REYES VILLAMIZAR, 2006) y coinciden en ambos ordenamientos jurídicos.

En Venezuela, las formas de constitución de una sociedad anónima son **constitución sucesiva** (MORLES, 2001), aunque en los trabajos de reforma, se pensó incluso en eliminarla (GOLDSCHMIDT, 2006), y la **simultánea** (que concuerda en la mayoría de los ordenamientos jurídicos). La más frecuente es la simultánea, donde coinciden la manifestación de voluntad y el otorgamiento del acto.

En Colombia existen las sociedades: colectiva; en comandita; en comandita simple; en comandita por acciones; de responsabilidad limitada; anónima; por acciones simplificadas creadas por la Ley 1258 de 2008 (COLOMBIA, 2008). Los requisitos que debe contener la escritura se encuentran en el artículo 110 del Código de Comercio (COLOMBIA, 1971, Artículo 111).

El ordenamiento jurídico venezolano contempla cuatro categorías de compañías de comercio: en nombre colectivo; en comandita; anónima; y de responsabilidad limitada (VENEZUELA, 1955, Artículo 201). La sociedad anónima se constituye por documento público o privado, el documento debe indicar todos los requisitos establecidos en el Código de Comercio (VENEZUELA, 1955, Artículos 247 y 249). Dentro de los quince días al otorgamiento del documento constitutivo, el administrador debe presentar el documento

al Registrador Mercantil, quien revisará el cumplimiento de los requisitos legales y procederá a ordenar el registro y publicación del documento constitutivo y que se archiven los estatutos (VENEZUELA, 1955, Artículo 215).

En el caso colombiano cualquier persona que tenga interés en constituir una sociedad comercial encuentra la ayuda que necesite directamente en la Cámara de Comercio, incluso los modelos para la constitución de cada tipo de sociedad lo pueden descargar gratuitamente (COLOMBIA, 2016), con lo cual se evita las constantes correcciones por parte de los registros públicos, como ocurre en el caso venezolano.

Igualmente, se cuenta con el Centro de Atención Empresarial de la Cámara de Comercio, en donde se explica paso a paso las opciones que tiene el nuevo empresario, consulta (tipo de empresa, nombre, marca, actividad económica), diligenciamiento (llenar planillas, redactar documento, completar información requerida) y formalización (impresión de formularios, conocer el estado del trámite), todo en el Folleto CAE –paso a paso proceso de registro (COLOMBIA, 2017), con lo cual es acompañada durante todo el proceso, la persona en la constitución de la sociedad.

En Venezuela la situación es distinta, el registro de las sociedades mercantiles y de cualquier otra persona jurídica, corresponde directamente al Estado donde no existe intervención de particulares, el servicio se presta directamente por el Estado, no es posible que sea llevado por los comerciantes inscritos en el registro. Las sociedades anónimas y demás sociedades mercantiles se inscriben en el Registro Mercantil que forma parte del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. La ayuda ofrecida es directamente a través de la página web y consiste en la posibilidad del precálculo del trámite a realizar (VENEZUELA, 2016) sin que exista una mayor colaboración, incluso la solicitud de requisitos y la revisión de los mismos ha sido durante años un obstáculo para la constitución de compañías convirtiéndose en un acto rígido e inflexible.

El SAREN en circular oficial señala varias medidas como por ejemplo: no se devolverán documentos por correcciones de redacción, si las mismas no afectan el fondo del documento (VENEZUELA, 2015a).

Lo anterior no significa que se modifique la potestad de control que tiene los registros mercantiles en Venezuela (VENEZUELA, 2014b, Artículo 57), el Registrador Mercantil puede rechazar la inscripción de las sociedades si, aplicando los criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social se considera insuficiente el capital social. Con lo anterior,

pueden observarse varias razones legales y de prestación de servicios, por las cuales en los indicadores de apertura de un negocio, Venezuela se encuentra en desventaja a Colombia, según el Proyecto Doing Business 2015.

4.3 Comercio Transfronterizo

Para Valero (2005), citado en Pastrán Suárez (2006, p. 6) la frontera está representada por:

[...] espacios geográficos dotados de singular dinamismo, formando parte de las organizaciones humanas donde, sin estar exentas de controversias, entran en juego los intereses, casi siempre similares de dos o más partes, abarcando aspectos tales como la convivencia humana, el desarrollo económico local, la protección del ambiente y la calidad de vida de sus habitantes; en este contexto, el autor propone la identificación de las fronteras como espacios de integración.

Esa integración comprende intercambios comerciales entre los habitantes para consumo propio y/o fines económicos, así como relaciones comerciales entre empresas de ambos países, en el marco de las relaciones bilaterales; dando lugar al comercio transfronterizo, necesario para el desarrollo local.

En el indicador comercio transfronterizo, del Proyecto Doing Business (2015) se puede observar que en Venezuela, el número de documentos para exportar e importar bienes, es el doble que en los países desarrollados, mientras que en Colombia es similar que en los países de la OCDE. Otro dato relevante es el tiempo para importar y exportar mientras que en Venezuela estos procesos llevan 4 veces y 7 veces más días respectivamente, en Colombia, estos plazos son ligeramente mayores a los de países desarrollados y menores a los plazos que en promedio tardan en los países de América Latina y El Caribe. Es una fortaleza y oportunidad que se convierte en eficiencia y rentabilidad para las empresas colombianas, que requieren importar y exportar bienes, en comparación con las empresas venezolanas. En Venezuela es engorroso y lleva tiempo poner en marcha una empresa, en parte es consecuencia de las medidas y controles gubernamentales en materia de fijación de precios, control cambiario, incremento de tasas impositivas entre otros. Especialmente en los últimos dieciséis años del presente gobierno.

5 MECANISMOS LEGALES PARA EL DESARROLLO LOCAL A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE EMPRESAS Y LA PRODUCCIÓN EN UREÑA-SAN ANTONIO DEL TÁCHIRA (VENEZUELA)

Como se ha visto, el término desarrollo local se vincula directamente con territorio local, el cual se refiere a “una sociedad local –gobierno local en un ámbito geográfico particular” (PÍREZ, 2006, p. 75). El desarrollo local se relaciona directamente con su capacidad de generar fuerzas transformadoras con cierta autonomía respecto a ámbitos mayores (regionales, nacionales e internacionales). En este sentido, son necesarias medidas económicas estructurales como el aumento de inversión en zonas fronterizas en educación, salud e infraestructura vial; que transforme las zonas de frontera en territorios con vías de comunicación terrestre en buen estado y capital humano de calidad.

También es necesaria la focalización en grupos vulnerables, estos requieren el apoyo y prioridad de todas las políticas de empleo porque son afectados por el desempleo, especialmente para los jóvenes de familias de bajos ingresos. Estos jóvenes se encuentran obligados a trabajar desde temprana edad por necesidad, pero carentes de capital humano. La consecuencia es el desempleo o acceso a empleos inestables y sin beneficios laborales (TOKMAN, 1997).

Como señala Pérez (2006, p. 75), este proceso se inicia en un territorio a partir de la existencia de unidades locales de reproducción social (demográfica, económica, política y cultural) y estas unidades son importantes para el desarrollo local, en la medida que puedan garantizar el desarrollo de la localidad.

Por tanto, “los procesos de desarrollo endógeno, parecen basarse en tres elementos: una dinámica particular en la sociedad local, un papel propio del gobierno local y un sistema de relaciones entre ambos (sociedad y gobiernos locales)”. Para el desarrollo local es clave las alianzas entre la sociedad y gobierno local y en esa participación de la sociedad, deben considerarse las identidades locales que “conforman la base cultural de las fuerzas de cambio y de emprendimientos locales” en aglomeraciones urbanas (ciudades) ubicadas en territorios delimitados que cuentan con recursos necesarios (PÍREZ, 2006, p. 76).

Según análisis sobre experiencias de desarrollo local en sectores rurales y urbanos en América Latina, que han sido sistematizadas por organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL),

los elementos clave identificados son “la participación ciudadana, los agentes de desarrollo e instituciones, las iniciativas locales, las metodologías de participación y planificación en el ámbito local, las políticas de desarrollo local y los procesos territoriales de desarrollo” (QUISPE FERNÁNDEZ; AYAVIRI NINA, 2013, p. 153). De esa manera, se observa que los factores fundamentales del desarrollo local provienen de factores y actores endógenos propios del territorio local.

La sistematización de experiencias de los procesos de desarrollo local en regiones europeas no estratégicas, reflejan que han empleado mecanismos de desarrollo, la iniciativa empresarial o emprendimiento, la innovación, el capital social y el cambio institucional (BAUMGARTNER; PÜTZ; SEIDL, 2013).

En los últimos meses del año 2014 el Gobierno venezolano, dicto algunos decretos con rango, valor y fuerza de ley, crea el Sistema de Regionalización Nacional que es un “orden sistémico, taxonómico, de escalas de agregación y criterios de regionalización, partiendo de principios funcionales y geoestratégicos” (VENEZUELA, 2014a, Artículo 2).

Las escalas básicas del sistema son: regional (regiones de desarrollo integral y zonas de desarrollo estratégico nacional), subregional (distritos motores, las zonas económicas especiales y las zonas de conocimiento productivo) y local (nodos y áreas especiales en sectores con fines de protección y desarrollo). Estas escalas deben estar articuladas, complementarse entre sí, y activar el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, en ese sentido, los criterios de regionalización atienden las potencialidades económicas, culturales, históricas y estratégicas de una región o territorio. Las escalas se convierten en una parte de la clasificación nacional de regionalización (VENEZUELA, 2014a, Artículos 2 y 3).

El Presidente de la República, según las dinámicas binacionales puede decretar Zonas Económicas Especiales Fronterizas, pudiendo liberar estas zonas de restricciones arancelarias y para-arancelarias (VENEZUELA, 2014a, Artículos 12 y 17). Las zonas económicas especiales buscan focalizar la especialización sectorial, fomentar las inversiones, “incidir directamente en la capacidad de valor de la economía, fortalecer el comercio exterior y el desarrollo regional” (VENEZUELA, 2014a, Artículo 31); y en su creación, pueden tener estímulos fiscales y económicos en procura de lograr de manera complementaria la inversión extranjera y cubrir las necesidades de la Nación, de allí, que sea una estrategia para paliar la situación económica que se vive en el país actualmente.

Se busca con este instrumento, incentivar la instalación de empresas que inviertan en la zona, produzcan para consumo nacional y exporten. En ese sentido, puede suspenderse hasta que inicien las operaciones el pago de impuestos por la importación y adquisición de bienes y servicios que se destinen para las instalaciones como para la materia prima necesaria (VENEZUELA, 2014a, Artículo 19).

Para disfrutar de los beneficios, los productos deben destinarse primero a las necesidades internas del país acorde al Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (VENEZUELA, 2014a, Artículo 20), sin embargo, existe una prohibición: “solo podrán vender directamente a través de las redes o cadenas de establecimientos operadas por dichas empresas o sus empresas matrices, a empresas estatales que determine el Ejecutivo Nacional, o efectuar su exportación libremente” (VENEZUELA, 2014a, Artículo 22).

Por decreto de fecha 3 de diciembre de 2014, se crea la **Zona Económica Especial Fronteriza Ureña-San Antonio**, con la finalidad de impulsar el desarrollo de la subregión, potencializando la producción de los sectores textiles, calzado, agrícola, automotriz, talabartería valiéndose de la dinámica fronteriza que existe en la zona⁹ (VENEZUELA, 2014c, artículo 2). Para lograr esa finalidad, dentro de los cuatro meses siguientes a la creación de la zona, debe elaborarse un plan estratégico de desarrollo integral.

La Zona Económica Especial Fronteriza, requiere la activación o constitución de empresas que intervengan en las actividades productivas, de allí que los beneficiarios son todos aquellos venezolanos o extranjeros que estén interesados en coadyuvar en el desarrollo económico y social de la región a través de la producción en la zona. El papel de la empresa en el desarrollo económico local es clave, es una realidad que la empresa tiene como funciones simultáneas el servicio y la ganancia, una no debe prevalecer sobre la otra, de allí que la empresa tiene una función importante para superar las crisis económicas y sociales (MURCIO RODRÍGUEZ; MARCOS GARCÍA, 2011). Incluso, puede estarse presente ante un emprendimiento social por parte de estas empresas sin formar parte de la economía social, donde los empresarios y la comunidad trabajen juntos por una realidad, un desarrollo de la localidad (TOLEDANO, 2011).

⁹ Sánchez Jaba (2014, p. 31) señala que en las zonas fronterizas en Colombia existen mecanismos que favorecen su desarrollo los cuales están contenidos en la Ley de Fronteras (Ley 191 de 1995). A través de ellos, las fronteras pueden “obtener recursos adicionales” pero no precisamente benefician la competitividad regional del Departamento Norte de Santander; más bien propone “medidas basadas en exenciones tributarias graduales y de carácter temporal para algunos productos fronterizos” porque esta medida podría aportar una ventaja competitiva para los sectores económicos formales existentes y que hoy son más afectados.

Los incentivos para constituir empresas o activar las ya existentes, que se incorporen a la producción en la Zona Económica Especial Fronteriza son: fiscales, aduaneros, económicos, entre ellos se pueden mencionar: el beneficiarse de los acuerdos de libre comercio internacional suscrito por el país; importar equipos, materiales, herramientas para la construcción de instalaciones que se utilicen en la zona, sin que se generen impuestos ni derechos arancelarios; la exoneración del 100% del impuesto sobre la renta para aquellas personas jurídicas, empresas, que adecúen sus procesos productivos para la exportación, durante el tiempo establecido en el convenio; la exoneración del 100% del impuesto sobre la renta si durante el primer año de operación destina el 70% de su producción a la exportación, en caso contrario debe cancelar el 50% del impuesto, beneficio que se mantiene por 5 años de operación; la reducción del 75% del impuesto sobre la renta si a partir del segundo año de operación, logra mantener el 70% de su producción para la exportación, en caso contrario, sólo será del 25%, beneficio que se mantiene hasta el décimo año de operación; reducción del 50% del impuesto sobre la renta si luego del onceavo año de operaciones mantiene el 70% de la producción para la exportación, en caso contrario, solo obtiene el 25%; aumento en los porcentajes de reducción del impuesto sobre la renta cuando se incorporen componentes, insumos nacionales en los procesos productivos; los bienes y productos que se produzcan podrán ser favorecidos de exoneraciones especiales, acordadas por el Presidente de la República, (VENEZUELA, 2014c, Artículos 7 y 12).

La realidad y los estudios demuestran que mientras no exista un cambio de política, en el caso de Venezuela, por muchos incentivos que establezcan las leyes no habrá inversión privada. Si bien la norma constitucional establece que el Estado junto con la iniciativa privada son los responsables de promover “el desarrollo armónico económico de economía nacional” para crear fuentes de empleo (VENEZUELA, 2009, Artículo 299); las normas legales establecen mecanismos contradictorios, por un lado se otorgan beneficios y por otro, se limita el ejercicio del derecho de propiedad, el manejo de divisas, la libertad, al no poder un empresario decidir a quién vender los productos, qué porcentaje de la producción es para destinar a la exportación, cómo utilizar las divisas, medios para las transacciones financieras, lo cual no permite el desarrollo armónico que señala la norma constitucional.

Se ha perdido una oportunidad para crear empresas en la zona fronteriza Ureña–San Antonio, pues la misma norma establece más obligaciones, trabas y limitaciones que condicionan los incentivos, con lo cual se inutiliza la razón de ser de la norma. Adicionalmente, con el cierre de frontera decretada por el Ejecutivo Nacional, desde el

19 de agosto de 2015¹⁰ (cuya justificación fue la lucha contra el contrabando y el delito); se deja prácticamente sin efecto la zona fronteriza Ureña-San Antonio, existiendo obstáculos legales para implementar la Zona Económica Especial Fronteriza Ureña-San Antonio. Para finalizar, se hace la salvedad que a la fecha de la redacción del presente artículo (finales de diciembre de 2015), la frontera colombo-venezolana aun continua cerrada, pese a que el pasado 19 de diciembre de 2015, se venció el plazo de 120 días improrrogables del decreto de estado de excepción sobre varias regiones fronterizas, no hay razones que justifiquen el impedimento al libre tránsito; medida que incide significativamente en las iniciativas de desarrollo económico local.

6 CONCLUSIONES

Uno de los mecanismos para formalizar la economía es la creación de empresas, que generen empleo y contribuyan con el Desarrollo Económico Local de la región. En Venezuela la creación de empresas no es tarea fácil, en comparación con Colombia y los mecanismos legales no constituyen verdaderos incentivos que motiven a los emprendedores a la creación de empresas. En el caso de las ciudades Ureña y San Antonio, capitales de los municipios venezolanos fronterizos con el Departamento Norte de Santander (Colombia), que forman la Zona Económica Especial Fronteriza, las empresas podrían gozarán de beneficios fiscales, aduaneros y económicos siempre y cuando cumplan con una serie de obligaciones adicionales a la producción, lo cual desvirtúa el objeto principal de activar la economía.

¹⁰ El cierre de la frontera Táchira – Norte de Santander, acontece por decisión del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, el 19 de agosto de 2015, por 72 horas con la finalidad de detener a los supuestos autores materiales de una “emboscada” sufrida por efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana por parte de supuestos “paramilitares”. Luego, mediante Decreto Presidencia de la República n.º 1.950, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria n.º 6.194 de fecha 21 de agosto de 2015, el Presidente declara Estado de Excepción en la zona 1 de frontera que comprende los municipios: Bolívar, Junín, Pedro María Ureña, Capacho Viejo y Nuevo y Rafael Urdaneta del estado Táchira, con una duración de 60 días contados a partir de la publicación de la referida Gaceta; delega la ejecución del Decreto al gobernador del Estado Táchira José Gregorio Vielma Mora. Disponible en: <<http://images.eluniversal.com//2015/08/24/gaceta-oficial-n6194-extraordi.pdf>>. Tres días después, a partir del 24 de agosto de 2015, el Presidente de la República desplaza al General Carlos Alberto Martínez Stapulionis la jefatura única de la zona 1 de frontera, perdiendo ese liderazgo el Gobernador Vielma Mora. Disponible en: <<http://www.minci.gob.ve/2015/08/designado-el-gb-carlos-martinez-stapulionis-como-jefe-unico-de-la-zona-1-de-la-frontera/>>. Luego, según Decreto n.º 1.969 de fecha 29 de agosto de 2015, publicado en Gaceta Oficial n.º 40.735 el 31 de agosto de 2015, activan y extienden el estado de excepción en Táchira en los municipios: Lobatera, Panamericano, García de Hevia y Ayacucho y así se origina la zona 2 en el Estado. Disponible en: <<http://www.finanzasdigital.com/wp-content/uploads/2015/09/Gaceta40.735-EstadoDeExcepcionTachira.pdf>>. Posteriormente, el 29 de octubre de 2015, el Presidente de la República, según Decreto 2.076, prorroga el estado de excepción en la zona 2 del Táchira, por sesenta días adicionales, decisión publicada en Gaceta Oficial n.º 40.777. Disponible en: <<http://www.gacetaoficialdigital.com/decreto-2-076-prorroga-estado-de-excepcion-en-los-municipios-lobatera-panamericano-garcia-de-hevia-y-ayacucho-del-edo-tachira/>>.

El Desarrollo Económico Local es difícil de alcanzar con la sola implementación de mecanismos legales para la creación de empresas, por muchos incentivos que se establezcan; cuando no existe una articulación de todos los actores locales y una apuesta política para lograrlo; pues los incentivos pueden considerarse insuficientes frente a los requisitos y obligaciones de deben cumplir las empresas. Se requiere desarrollo económico, menos políticas de control al sector privado para que pueda incrementarse la productividad; mejorar de la cohesión social (capacidad de organización de los actores locales) y preservación de recursos naturales y culturales (VÁSQUEZ BARQUERO, 2009); y la implementación de procesos de descentralización que permita definir los objetivos y papeles de agentes públicos y privados vinculados al proceso del Desarrollo Económico Local.

Como reflexión final, el gobierno venezolano debe interesarse por el desarrollo económico privado, prelar en sus agendas los temas económicos antes de los políticos y el desarrollo público de la riqueza, no debe estar en conflicto con el desarrollo de la riqueza privada.

REFERENCIAS

ADELMAN, Jeremi. Observando a Colombia: Albert O. Hirschman y la economía del desarrollo. En: **Revista Desarrollo y Sociedad**, Bogotá, Colombia, n.º 62, p. 1-37, 1.º semestre 2008.

AGUADO MORALEJO, Itziar; ECHEBARRIA MIGUEL, Carmen; BARRUTIA LEGARRETA, José María. El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico. En: *Revista de Economía Mundial*, Madrid, España. n. 21, Pp. 89-110, 2009. Disponible en: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/3280/b15500524.pdf?sequence=1>>. Acceso en: 15-7-2015.

AMSDEN, Alice H. Otiose economics: frontiers in social inquiry. In: **Social Research: An International Quarterly**, New York (United States), Ed. Arien Mack, v. 59, n.º 4, winter 1992, United States. p. 781-797.

ALBURQUERQUE LLORENS, Francisco. Capítulo 2: la heterogeneidad del sistema económico mundial y la importancia de la producción local. **Curso sobre desarrollo local**. Madrid: Instituto de Economía Geografía / Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003.

ALBURQUERQUE LLORENS, Francisco. **Dos facetas del desarrollo económico y local**: fomento productivo y políticas frente a la pobreza. Santiago de Chile: Cepal, 1996.

ALBURQUERQUE LLORENS, Francisco. El enfoque del desarrollo económico local. Programa AREA –Organización Mundial del Trabajo (OIT). Serie: Desarrollo Económico Local y Empleabilidad. Buenos Aires, 2004. Disponible en: <http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1251776298.area_enfoquedel_0.pdf>. Último acceso en: 5-5-2015.

ARANGO LONDOÑO, Gilberto. **Estructura económica colombiana**. 10. edición. Bogotá (Colombia): McGraw Hill, 2005.

BAUMGARTNER, Daniel; PÜTZ, Marco; SEIDL, Irmi. What kind of entrepreneurship drives regional development in european non-core regions?: a literature review on empirical entrepreneurship research. En: **European Planning Studies**, Abinbdon (Illinois), Ed. Taylor & Francis, v. 21, n.º 8, p. 1.095–1.127, 2013.

BUSTELO, Pablo. **Teorías contemporáneas del desarrollo económico**. Madrid: Síntesis, 1998.

CHÁVEZ-JIMÉNEZ, Enore Adriana; VARGAS-HERNÁNDEZ, José. Estrategias para la creación de nuevas empresas, un enfoque sociocultural o institucional. En: *Revista Ciencias Económicas*, San José, Costa Rica, v. 30, n.º 2, p. 239-246, 2012. Disponible en <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/viewFile/8049/7663>>. Fecha de acceso en: 23-6-2015.

COLOMBIA. Cámara de Comercio de Cúcuta. Disponible en: <<http://www.cccucuta.org.co/descargas-19-m/doc.-reg..htm>>. 2016.

COLOMBIA. Cámara de Comercio de Cúcuta. Folleto CAE. Disponible en: <<http://www.cccucuta.org.co/descargas-19-m/doc.-reg..htm>>. 2017.

COLOMBIA. Cámara de Comercio de Cúcuta. Observatorio Económico. Estadísticas sobre Registro Mercantil. Disponible en: <<http://www.datacucuta.com/#!registro-mercantil/c1i2z>> Fecha de lo acceso en: 24-7-2015.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 410, del 27 marzo 1971. Código de Comercio Colombiano. **Diario Oficial**, n.º 33.339 del 16 de junio de 1971.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1258. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. **Diario Oficial**, Bogotá, n.º 47.194, 5 diciembre 2008.

DI PIETRO PAOLO, Luis. Hacia un desarrollo integrador y equitativo: una introducción al desarrollo local. En: **Desarrollo local a escala humana a la globalización**. Buenos Aires: Ciccus, 2001.

DRUCKER, Peter. **La empresa en la sociedad que viene**. Madrid (España): Urano, 2003.

GOLDSCHMIDT, Roberto. **Curso de derecho mercantil**: actualizado por María Auxiliadora Pisani Ricci. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

GÓMEZ, Liyis. The process and problems of business Start-Ups. En: **Pensamiento y gestión**, Barranquilla (Colombia), Ed. Universidad del Norte, n. ° 22, p. 232-255, 2007.

GUTIÉRREZ, Roberto. Walt W. Rostow: réquiem por un historiador económico. En: **Ciencia Ergo Sum**, Toluca, Edo. México, v. 10, núm. 3, noviembre 2003 – febrero 2004.

HELMSING, Bert. Perspectivas sobre el desarrollo económico localizado. En: EURE Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales, Santiago de Chile v. 28, n.º 84, p. 33-61, septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612002008400003>. Acceso en: 7-9-2015.

HERRERA ROBLES, Wilson. Las sociedades mercantiles en España y Colombia: cómo constituir una sociedad mercantil en España. En: **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, 15, Barranquilla, Colombia, pp. 153-167, 2001

KRUGMAN, Paul. **Development, geography and economic theory**. Volumen 6. London, Cambridge: MIT, 1995.

MURCIO RODRÍGUEZ, Ricardo; MARCOS GARCÍA, Miguel. El desarrollo de la comunidad como fin último de la empresa en Latinoamérica. En: **Universia Business Review**, Caracas, p. 120-131, segundo trimestre 2011.

NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya. **The quality of life**. Oxford: Clarendon, 1993.

OIT. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TRABAJO. Formalizando la informalidad juvenil: experiencias innovadoras en América Latina y el Caribe. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. 2015. Disponible en: <<http://www.ilo.org/>

wcmstp5/groups/public/—americas/—ro-lima/documents/publication/wcms_359270.pdf>. Acceso en: 9-8-2015.

ONU. Organización de Naciones Unidas. A. G. A/RES/S-24/2 (15 de dic.). Ginebra, 2000. Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/cumbre/cumbredessocial2000.pdf>>. Acceso en: 9-8-2015.

ONU. Organización de Naciones Unidas. Cumbre sobre desarrollo social. A/CONF.166/9 (6 al 12 de marzo), Copenhague, Dinamarca, 1995. Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/cumbre/cumbredessocial1995.pdf>>. Acceso en: 7-8-2015.

OVIDO ALBAN, Jorge. Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano. En: **Revista de Derecho**, Barranquilla (Colombia), Ed. Universidad del Norte, n.º 36, p. 251-278, 2011.

PASTRÁN SUÁREZ, Romer. Espacios fronterizos: una mirada desde la experiencia docente de pregrado: ponencia presentada en el I Seminario Internacional: la frontera en su tejido social. San Cristóbal, Táchira: UPELIPRGR, 2006. Disponible en: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal11/Ensenanzadelageografia/Investigacionydesarrolloeducativo/07.pdf>>. Fecha de la consulta: 5-5-2015.

PIKE, Andy; RODRÍGUEZ POSE, Andrés; TOMANEY, John. Desarrollo local y regional. Valencia (España): Routledge / Universidad de Valencia, 2006.

PÍREZ, Pedro. Desarrollo local y ciudad metropolitana. En: ROFMAN, Adriana; VILLAR, Alejandro (Comp.). **Desarrollo local**: una revisión crítica del debate. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes / Universidad Nacional de General Sarmiento/ Espacio, 2006. p. 75-76.

PORTER, Michael. **La ventaja competitiva de las naciones**. New York: Plaza & Janes, 1991.

PREBISCH, Raúl. The economic development of Latin America and its principal problems. United Nations Department of Economic Affairs, 27 de abril de 1950. Economic Commission for Latin America. 1950. Disponible en: <<http://archivo.cepal.org/pdfs/cdPrebisch/002.pdf>>. Acceso en: 16-8-2015.

PROYECTO Doing Business (2015a y b). Grupo del Banco Mundial. Disponible en: <<http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia>>. Fecha acceso en: 18-7-2015.

QUISPE FERNÁNDEZ, Gabith Miriam; AYAVIRI NINA, Víctor Dante. Políticas de desarrollo en los procesos de desarrollo endógeno. En: **Revista Líder: Revista Labor Interdisciplinaria de Desarrollo Regional**, Lagos (Chile), Ed. Universidad de Los Lagos: Centro de Estudios del Desarrollo Local y Regional, v. 22, p. 151-187, 2013.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. **Derecho societario**. Tomo 1. 2. edición, Bogotá (Colombia): Temis, 2006.

RODRIK, Dani. Goodbye Washington Consensus, hello Washington confusion? a review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: learning from a decade of reforms. In: **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh, United States, v. XLIV, p. 973-987, 2006.

SÁNCHEZ JABA, Andrés. Crisis en la frontera. En: **Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Banco de la República**, Cartagena, Ed. Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER), n.º 197, p. 4, 5-7, 23, 25, 31, 2014.

SCOTT, Allen. Procesos de localización, urbanización y desarrollo territorial: un ensayo exploratorio. In: **Estudios Territoriales**, Madrid, número 17, p. 17-40, 1985.

SEN, Amartya. Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. En: **Cuadernos de Economía**, Santafé de Bogotá, volumen 17, número 29, p. 73-100, 1998.

SEN, Amartya. Well-Being, agency and freedom: the dewey lectures 1984. En: **Journal of Philosophy**, New York (United States), volume 82, número 4, p. 169-221, 1985.

SILVA LIRA, Iván; SANDOVAL, Carlos. Metodología para la elaboración de estrategias de desarrollo local. En: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social para América Latina y El Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2012, p. 15. Disponible en: <<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/5518>>. Acceso en: 22-7-2015.

STIGLITZ, Joseph. **Globalization and its discontents**. New York: Norton, 2003.

SUNKEL, Osvaldo; ZULETA, Gustavo. Neo-structuralism versus neo-liberalism in the 1990s. In: CEPAL Review, Santiago de Chile, n.º 42, p. 35-51, 1990. Disponible en: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/7/24467/CEPAL%20Review%2042-Sunkel-Zuleta.pdf>>. Acceso en: 19-7-2015.

TAYLOR, Lance. The revival of the liberal creed: the IMF and the World Bank in a globalized economy. In: **World Development**, New York, Ed. United Nations / Oxford University Press, v. 25, núm. 2, p. 145-152, 1997.

TELLO, Mario D. Del desarrollo económico nacional al desarrollo local: aspectos teóricos. In: Revista Cepal, Santiago de Chile, Ed. Cepal, n.º 102, diciembre 2010. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11416/102051067_es.pdf?sequence=1>. Acceso en: 18-8-2015.

TODARO, Michael P. **El desarrollo económico del tercer mundo**. Madrid: Alianza, 1988.

TOKMAN, Victor. Empleo y solidaridad: los desafíos que enfrenta América Latina después del ajuste. En: EMMERIJ L.; NUÑEZ DEL ARCO, J. (Comps.). **El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI**. Washington (USA): Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

TOLEDANO, Nuria. Social entrepreneurship: the new narrative for the practice of the social economy. En: **Ciriec-España Special Issue**, n.º 73, p. 9-31, 2011.

VÁSQUEZ BARQUERO, Antonio. Desarrollo local y su participación en la economía regional. En: CONGRESO DE ECONOMÍA REGIONAL DE CASTILLA Y LEÓN, 3. Actas..., Burgos, 24, 25 y 26-11-1994. Consejería de Economía y H. de Valladolid, 1995. Disponible en: <http://www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos_ecoreg/CERCL/INDEX.HTM>. Acceso en: 22-8-2015.

VÁSQUEZ BARQUERO, Antonio. El desarrollo local: una estrategia para el nuevo milenio. En: REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, n.º 68, p. 15-24, 1999. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=172488>>. Acceso en: 22-8-2015.

VÁSQUEZ BARQUERO, Antonio. Las iniciativas locales y los sistemas de localización industrial. En: **Estudios Regionales**, Andalucía (España), número 22, p. 69-82, 1988.

VÁSQUEZ BARQUERO, Antonio. Una salida territorial a la crisis: lecciones de la experiencia latinoamericana. En: Revista Eure Estudios Urbanos y Regionales, Santiago de Chile, v. XXXV, n.º 105, p. 5-22, 2009. Disponible en <<http://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/1388>>. Acceso en: 26-8-2015.

VENEZUELA. Congreso de la República. 21-12-1955. Código de Comercio de Venezuela. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, n.º 475, Extraordinaria del 21-12-1955.

VENEZUELA. Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de hogares por muestreo situación en la fuerza de trabajo Venezuela. Inf. Sem. 2.º Sem. 2013. 2014. Disponible en: <<http://www.ine.gov.ve/documentos/Social/FuerzadeTrabajo/pdf/Informesemestral.pdf>>.

VENEZUELA. Instituto Nacional de Estadística. Indicadores globales de la fuerza de trabajo, segundo semestre 2013, Táchira y Venezuela. 2013. Disponible en: <http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=103&Itemid=40#>. Acceso en: 14-8-2015c.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, **Gaceta Oficial**, n.º 5.908 Extraordinario, jueves, 19-2-2009.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. Acceso en: 7-1-2015a.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN). Circular del SAREN-DG-CJ-DSR-N.º 001. 7-1-2015b.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN). Disponible en: <http://www.saren.gob.ve/?page_id=917>; <<http://>>

www.saren.gob.ve/index.php/login/precalculo-detramites/registros-mercantiles>.
Acceso en: 2016.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Presidencia de la República. Decreto de creación la Zona Económica Especial Fronteriza Ureña-San Antonio. Caracas, **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, n.º 40.554 Extraordinaria, 3-12-2014c.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Presidencia de la República. Decreto 1.422. Ley de Registros y del Notariado. Caracas, **Gaceta Oficial**, n.º 6.156 Extraordinario, miércoles 19-11-2014b.

VENEZUELA. República Bolivariana de Venezuela. Presidencia de la República. Decreto 1.425. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioproductivo de la Patria. Caracas, **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, n.º 6.151 Extraordinario, 18-11-2014a.

WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform: chapter 2 from Latin American adjustment: how much has happened? discursos y documentos de Peterson Institute for International Economics. 1990. Disponible en: <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486>>>. Acceso en: 5-8-2015.

Submissão em: 16 julho 2018.

Pareceres favoráveis em: 29 agosto 2018

El Sistema Contractual Argentino Contemporáneo

SEBASTIÁN JUSTO COSOLA¹

¹ Doctor en Derecho (Univ. Austral). Especialista en Documentación y contratación notarial (Universidad Notarial Argentina). Escribano (Universidad Nacional de La Plata). Notario en ejercicio titular del Registro 7 del Partido de Junín, Buenos Aires, República Argentina.

1 INTRODUCCIÓN

“Las reformas no deben agotarse en un alarde de técnica jurídica. La metafísica es inevitable y el hombre es el elemento común y básico de toda regulación. La plena realización de su personalidad en el orden político, económico, social, moral, intelectual, no debe relegarse por ningún sistema jurídico que aspire a una regular permanencia.” (RISOLÍA, 1946, p. 8).

El *sistema contractual argentino contemporáneo* presenta inquietudes interesantes propias de los tiempos, todas especialmente originadas a partir de la puesta en vigencia del *Código Civil y Comercial de La Nación* (en adelante CCCN) que deroga el histórico *Código Civil Argentino* de *Vélez Sarsfield* (en adelante CCA). La idea que eleva la noción de *voluntad individual* al eje central de la disciplina en estudio, sigue consolidando la fórmula que sostiene que las convenciones tienen para las partes *el lugar de la ley*, queriendo con ello significar que la codificación centenaria había intentado imponer a través de la escuela de la *exegesis*, tanto la garantía absoluta de autoridad del contrato como la protección de la buena fe que debe regir en su ejecución (RISOLÍA, 1946, p. 49).

Desde la teoría general, *Emilio Betti* señalaba que el elemento esencial y además característico del negocio jurídico *era el contenido de la declaración o del comportamiento* inmediatamente determinante de los efectos jurídicos que se corresponden con la función económica y social del mismo; por ello lo que la parte declara es siempre *una regulación de intereses propios frente a las demás relaciones con*

otros sujetos, encontrándose esa declaración destinada a *elevarse a precepto jurídico* (BETTI, 2000, p. 135)².

Diferente es el sentido en cambio que a la *autonomía de la voluntad* le otorga *Federico de Castro y Bravo*: la misma entendida en sentido amplio como un poder de autodeterminación de la persona, viene a consolidarse de manera estricta en el negocio, a partir de la creación, modificación y extinción de diversas relaciones jurídicas efectuadas por quienes intentan regular sus intereses a partir de la teoría contractual (DE CASTRO Y BRAVO, 2002, p. 13). Para el autor en estudio, “el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana (DE CASTRO Y BRAVO, 2002, p. 12)³”. Como lo sostenía el inolvidable *Francisco Carnelutti* por aquellos tiempos, *se hallaba en marcha una separación entre el concepto de negocio –relacionado con la voluntad– y con el concepto de declaración* que era preciso atender (CARNELUTTI, 1955, p. 284).

Este tema de la teoría general del *negocio jurídico* pasó a formar parte de la discusión en la *teoría general del contrato*, e inclusive en la actualidad se sigue desde esta última disciplina refiriendo con marcada vehemencia (BORDA, 2016, p. 38). Es que en cierta manera y desde diversos sentidos, las voces latinoamericanas parecen oscilar entre estas dos interpretaciones; *voluntad* que como contenido del acto genera efectos queridos por los sujetos acordantes (BORDA, 2016, p. 93), o *exteriorizaciones* que tienen como fin lograr una declaración de intención que produzca determinadas consecuencias (ROJINA VILLEGAS, 2014, p. 117). Se ponen así de resalto las discusiones históricas emergentes de la teoría de los actos voluntarios, que jerarquizaban por un lado, la *autonomía de la voluntad*, y por el otro, la *teoría de la declaración*, perspectivas que en la actualidad se encuentran claramente destinadas al *plano dogmático* (MORENO RODRIGUEZ, 2014, p. 108).

En definitiva, el negocio jurídico es comportamiento (fugaz) y es conducta (sostenida en el tiempo), precisamente porque es la exteriorización de la voluntad humana que consiste en una declaración o manifestación que mediante acción o ausencia produce cambios en la vida de las personas y consecuentemente, en el mundo exterior relevante para el derecho (MUNHOZ, 1960, p. 4). Desde esa posición es que debe entenderse el ejercicio del derecho contractual contemporáneo.

² En sentido similar, Cfr. Torres Vázquez (2016); Ojeda Rodríguez (2006).

³ En similar orientación Cfr. Sanchez Meda (2013); Fernandez del Castillo (2012) y entre otras Contreras López (2016).

2 LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO UNIFICADO

El derecho contractual argentino actual proyecta en el cuerpo del código unificado un articulado preciso, que es el producto final de una realidad legislativa novedosa. Puede decirse que los códigos civiles de inevitable referencia a la hora de efectuar un estudio comparado en el tema que hoy ocupa mi atención proyectan una estructura de tratamiento similar de la teoría general del contrato, con mayor o menor cantidad de artículos, pero considerada la misma desde la perspectiva clásica. Así, el *código civil paraguayo* (Arts. 669 al 736) (PARAGUAY, 2016, p. 140-153), el *código civil del Perú* (Arts. 1351 al 1528) (PERÚ, 2017, p. 287-316), el *código civil de la República de Bolivia* (Arts. 450 al 583) (BOLIVIA, 2008, p. 450-583), el *código civil de la República de Cuba* (Arts. 309 al 333) (CUBA, 2011, p. 237 a 249) y en otros lares, el *código civil español* (Arts. 1254 al 1314) (ESPAÑA, 2.003, p. 379-393) presentan un esquema clásico que proyecta el nacimiento, el desarrollo de los elementos esenciales, naturales y accidentales, los presupuestos, la interpretación, la prueba, los efectos deseados, las vicisitudes y los efectos no deseados imputables a los hechos con trascendencia en el derecho a al accionar de las partes contratantes. Diferente en cambio es la proyección que brinda al tema *código civil alemán* que realiza el tratamiento tanto de la *teoría del negocio jurídico* (Arts. 104 al 144) (LAMARCA MARQUÉS, 2013, p. 52-60) como de la *teoría contractual* (Arts. 145 al 185) (LAMARCA MARQUÉS, 2013, p. 60-66) para luego considerar el *derecho emergente de las relaciones obligatorias* (Arts. 241 al 432) (LAMARCA MARQUÉS, 2013, p. 77-123) espacio en donde se entremezclan las obligaciones y la parte general de los contratos de una manera sistemática y precisa.

En la República Argentina, al momento de proyectar la parte general de la teoría contractual, uno de los puntos esenciales de la discusión académica fue el de tomar la decisión de introducir o no en su tratamiento, la regulación de los *contratos de consumo*. Según se desprende de la exposición de los fundamentos del por entonces anteproyecto, el código en vigencia optó por introducir en su seno el referido tratamiento, teniendo especialmente en cuenta el rango constitucional de los derechos del consumidor y desde mi visión también, la tesis que se refiere a la *constitucionalización* del derecho privado actual sostenida por gran parte de la doctrina nacional (MOSSET ITURRASPE, 2011, p. 463 y ss.)⁴, especialmente en la referencia normativa a que *los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante* (art. 965 CCCN) (ROSATTI, 2016,

⁴ El maestro argentino de los contratos fue uno de los primeros en desarrollar el tema de la incidencia constitucional en el derecho civil y en especial, en el derecho de los contratos.

p. 443). El *código civil alemán* referido presenta algunas normas relativas al derecho de consumo en la parte general del contrato, relacionadas con los derechos de revocación, de devolución y sus consecuencias en los contratos celebrados con consumidores (art. 355-359 del mencionado CCCN).

El derecho del consumidor actual se eleva y estudia como un conjunto de normas *principiológicas, de orden público y de fuente constitucional* (BAROCELLI, 2017, p. 11.). En sintonía con las mencionadas apreciaciones, el notariado mundial daba respuesta concreta a los problemas suscitados en la contratación y el consumo, insistiendo en la necesidad e importancia del tratamiento legislativo ordenador en cada uno de los ochenta y seis países que conforman la *Unión Internacional del Notariado* (FERNANDEZ DEL CASTILLO, 2013, p. 225). En definitiva, la incorporación del contrato de consumo (LORENZETTI, 2016, p. 233) al cuerpo del CCCN importa considerar una verdadera innovación⁵.

El tema de los *contratos conexos* ahora normativizados por primera vez también conforman una verdadera novedad legislativa (QUAGLIA, 2018, p. 315); lo mismo que los *contratos de adhesión*, los de *cláusulas predispuestas*, el *subcontrato*, en definitiva, instituciones que desde la parte general importan admitir que el tráfico comercial moderno se justifica a partir de comportamientos humanos que *exceden las previsiones normativas del derecho de los contratos de finales del siglo XIX* (ARMELLA, 2015, p. 203).

De esta forma, el derecho de los contratos vigente proyecta normativamente una parte general contenedora de normas e instituciones asimilables, en su estructura, a un sistema (CASTÁN TOBEÑAS; CASTÁN VÁZQUEZ; LÓPEZ CABANA, 2000, p. 15), que en la línea de las legislaciones actuales y mas que ello, de la propia evolución del derecho, reconoce los principios y los valores a partir de la superación del *positivismo*, conformando una nueva visión en torno al concepto y al método del derecho civil y ya hoy, del derecho

⁵ Desde los fundamentos del entonces anteproyecto de Código unificado que actualmente rige el derecho argentino se advertía que es esta una verdadera innovación, optando los redactores por el criterio sustentado en los códigos de países como Alemania, Holanda y Canadá (Québec), y apartándose de los criterios que dirigen a obtener un tratamiento separado, como los emergentes en todos los países del Mercosur y especialmente, Italia, Francia y España, ésta última a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias españolas (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de Noviembre de 2007). Se pretende con ello una remisión desde la legislación privada unificada hacia la Constitución Nacional –ya que en mi país el derecho de consumidor es un derecho de raigambre constitucional–, regulando a los contratos de consumo, *atendiendo a que no son un tipo especial mas sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales –Compraventa y compraventa de consumo–* (Frase entrecomillada textual de la elevación de los fundamentos de creación del CCCN).

privado en general (LLAMAS POMBO, 2002, p. 203). Al decir de *Miguel Ayuso*, para que no exista problema del sistema entre la *Constitución y la codificación*, debe intentarse una superación de la tensión entre la juridicidad natural y el ejercicio arbitrario del poder (AYUSO, 2016, p. 58).

Por lo expuesto, en lo que a este ensayo respecta, debe considerarse a la autonomía de la voluntad como una institución que se enmarca dentro de los denominados principios generales del derecho, que dirige ideas directrices de todo el derecho privado, y como bien se afirma en España, debe funcionar como un criterio inspirador de la labor interpretativa (DIEZ-PICAZO; GULLÓN, 2015, p. 369). En esta orientación, el derecho privado viene a revalorizar entre las personas una esfera de libertad y autonomía que permitirá que cada cual pueda regular sus propios intereses en relación a terceros (GALINDO GARFIAS, 2015, p. 213), y por ello la libertad como sustento de la voluntad cobra verdadera importancia (ESPINOZA-ESPINOZA, 2017, p. 37). Sobre esto, algunos autores referentes en mi país advierten llanamente que gozar de autonomía es tener la potestad de crearse las propias normas y por ello, el principio constituye la base del negocio jurídico (COMPAGNUCCI DE CASO, 1992, p. 54-55). En este sentido, se ha insistido en recordar que es relevante tanto el contenido de la declaración de voluntad como el esfuerzo para que la misma llegue a conocimiento de otra persona (CIFUENTES, 2004, p. 77), y por ello las consecuencias del acto con voluntad son aquellas que se conocen como inmediatas –las que suceden según el curso natural de las cosas–, las mediatas –que conectan el hecho con un acontecimiento distinto al ideado originariamente–, y las casuales, que son las que proyectan un resultado absolutamente imprevisible (CIFUENTES, 2004, p. 371 y sig.).

En la actualidad, esa fórmula debe visualizarse desde un fraccionamiento del tipo general de contrato, absolutamente novedoso inclusive, a nivel internacional. Esa voluntad proyecta diversos alcances y especialmente, medios de ejecución protectorios para la parte contratante más débil, ya sea que la misma se proyecte en un contrato discrecional –de naturaleza civil o comercial–, o desde el ya referido contrato de consumo.

De esta manera, el contrato, como institución jurídica absolutamente relevante y presente en todo el desarrollo del derecho en la vida de la persona en general, tiene la necesidad de demostrar un esquema teórico de análisis, de fijación y de ejecución, a los efectos de poder obtener a simple lectura, una noción precisa tanto de los alcances de las cláusulas que proyectan sus elementos –en especial, los denominados esenciales– como de la responsabilidad que de cada una emerge por incumplimiento. Una *radiografía*

de la proyección normativa de la estructura puede resultar útil para poder sobre ella, comprender e interpretar los efectos previstos en los cuerpos codificados –normales y anormales– que de cada uno se desprenden y porque no, en alguna que otra nueva previsión legislativa.

Consecuentemente, mi propuesta es la de realizar una descripción de la parte general del contrato en el ordenamiento jurídico argentino unificado vigente, sustanciado desde la teoría general clásica nacional y proyectada, y descrito por la nueva doctrina actual y presente nacional y foránea.

3 ESQUEMA DE FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN EL DERECHO ARGENTINO

El título segundo del libro primero referido a los derechos personales en el CCCN presenta las normas relativas a los *contratos*. Preceden a este tratamiento, muchas otras normas referidas a la *parte general del derecho privado* y a la *teoría general de las obligaciones* aplicables al ámbito contractual (concepto y descripción de la persona humana & jurídica; teoría del hecho y del acto jurídico + análisis de sus elementos, teoría general de las ineficacias y teoría general de las obligaciones). Entre los motivos elevados por los redactores del entonces anteproyecto del CCCN, se destacan cuestiones novedosas que imprimen un sello distintivo al utilizado al interpretar *normativamente* el querido y hoy histórico CCA. No sólo las referidas cuestiones relacionadas con el *contrato de consumo*, sino también otras, que destacan la consideración de la función social del contrato y sus múltiples derivaciones –por ejemplo, la cuestión de la moralización del mismo a través de instituciones que hoy se encuentran positivamente previstas en el título preliminar del CCCN y que conforman verdaderas herramientas de argumentación jurídica como el principio de buena fe, la limitación al ejercicio abusivo del derecho, la tutela del interés personal y general y muy especialmente, la incidencia del derecho ambiental en el ámbito contractual a partir de la consideración de los derechos personales o de incidencia colectiva–, son rasgos absolutamente distintivos del moderno derecho contractual, muy a pesar que esas orientaciones vengán siendo sostenidas en mi país tanto por la doctrina como por la jurisprudencia al menos, desde los últimos veinte años.

La argumentación del derecho contractual se vuelve más rica pero a la vez más dificultosa desde un derecho de principios, que pretende esencialmente tener en cuenta en el decisorio la interpretación de la ley teniendo en cuenta *sus palabras, sus finalidades...las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos ...los principios y los valores jurídicos...* (Art. 2 CCCN). Ya no existe la interpretación literal o exegética,

sino una argumentación jurídica que ante el conflicto que tiene en cuenta el derecho nacional y supranacional en la cuestión concreta para poder resolverlo y adecuarlo a los principios generales del derecho (Art. 1 CCCN).

Es así que la operatividad e importancia del *principio de autonomía* se advierte clara y contundente desde un análisis meramente formal del esquema funcional del contrato que esgrime el CCCN. En efecto, desde el capítulo primero de la parte general del contrato, se estudia que el contrato es un acto jurídico creado por dos o más partes que elevan su consentimiento para *crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales* (Art. 957 CCCN); éste contrato creado bajo estos considerandos, eleva al máximo la autonomía, situación que se confirma no sólo desde la consideración del carácter absolutamente supletorio de las normas legales en el ámbito contractual (Art. 962 CCCN), sino también desde la consideración de los derechos que de los mismos emergen como integrativo del derecho de propiedad del contratante (Art. 965 CCCN). De ahí que claramente el Código refrende que los mismos deban ser elaborados en el ámbito de la amplia libertad (Art. 958 CCCN) y dentro de los parámetros de la buena fe (Art. 961 CCCN), que destaque su notable efecto vinculante, el que únicamente puede ser modificado por las mismas partes contratantes o a partir de la consumación de los supuestos previstos legislativamente, sin que el juez pueda modificar esa voluntad salvo supuestos especiales (Arts. 959 y 960 CCCN).

El capítulo primero referido se completa con la referencia a la cuestión de la prelación normativa en materia decisoria, que tiene en cuenta la aplicación de las normas cuando concurren disposiciones emergentes del CCCN y otras de las leyes especiales (Art. 963 CCCN), y la cuestión de las reglas de integración del contrato (Art. 964 CCCN), todo lo que hace suponer que si bien el *orden publico* es una variante especial a tener en cuenta en el derecho de los contratos, el mismo se encuentra absolutamente debilitado frente al avance de la libertad contractual, en comparación con las reglas que otrora regularon el funcionamiento del contrato (Art. 958 *in fine*).

Toda esta situación ya había sido sostenida por la doctrina argentina de los últimos años, y es probable que los autores del CCCN hayan tenido en cuenta esas advertencias. De esta manera, el instituto de la autonomía de la voluntad fue y es un principio jurídico que inicialmente –y por influencia de la codificación francesa– se refería a la mera exteriorización de la voluntad, esa que para las partes se concretaba a partir de la consideración de un estándar ético de libertad (COMPAGNUCCI DE CASO, 1992, p. 54-55; GASTALDI, 2003, p. 3; MOSSET ITURRASPE, 1999, p. 27-35 y 320-324; LEIVA FERNANDEZ, 2007a, p. 767-768; LLAMBIAS, 1991, p. 314; LORENZETTI, 2004, p.

123; ORGAZ, 1963, p. 51-54; SPOTA, 2009a, p. 49-63; STIGLITZ, 1994, p. 345). Cuando la voluntad exteriorizada era cierta, precisa, auténtica, de buena fe, el cumplimiento del contrato se tornaba para las partes tan exigible como si fuera ordenado por la ley misma. Por ello, con razón se venía afirmando que cuando el principio de libertad se ha cumplido, “*la voluntad (presenta) un poder normativo ilimitado*” (LORENZETTI, 2004, p. 124). Así es que las partes tenían –y tienen– la posibilidad de elegir contratar o no hacerlo, de auto regular sus intereses de manera bilateral y especialmente, de cumplir con el principio de autorresponsabilidad (LORENZETTI, 2004, p. 123). Autorizada doctrina internacional también arribaba a similares conclusiones, muy a pesar de los diferentes enfoques propuestos que acarrearán, consecuentemente, concepciones propias de cada país, de cada Estado, de cada región (BETTI, 2000, p. 53; DIEZ-PICAZO; GULLON, 2003, p. 29-32).

Toda esta situación se mantiene incólume en el espíritu del código en vigencia, solo que ahora además se la eleva a la categoría de principio; consecuentemente se aleja la cuestión de la interpretación decimonónica en el análisis normativo del contrato como lo ha venido haciendo la jurisprudencia, y se acerca al mismo la argumentación general del derecho en base a un sistema de principios. Esta actividad tiene que ser realizada consecuentemente, por todo aquel que oficie de jurista (TOLLER, 2016, p. 34)⁶.

3.1 La Voluntad

La *voluntad* tiene tres componentes absolutos, que no hacen más que expresar la moral, la finalidad y la independencia de cada sujeto en la contratación diaria y habitual (COSOLA, 2010, p. 31). En una sociedad entendida como comunidad de intereses, la persona humana intenta regularlos a través de la iniciativa privada, absolutamente autónoma y necesaria y por ende, reconocida por el derecho (MUÑOZ, 1960, p. 47). Desde la teoría del contrato, la autonomía de la voluntad presenta una notable expansión tanto hacia la dimensión sociológica –análisis económico y de la realidad social en donde se genera y desenvuelve el contrato– (NICOLAU, 2009, p. 188) como hacia la dimensión de la justicia, primero conmutativa –equivalencia de las prestaciones–, pero también distributiva, en relación a la denominada función social del contrato –en relación a la circulación de la riqueza y el otorgamiento del crédito, la equivalencia entre la tutela del crédito y la tutela del deudor y los límites del derecho público– (NICOLAU, 2009, p. 226

⁶ Al referirse al significado de los libros y la biblioteca para el ejercicio del oficio del jurista, el autor se refiere mucho más ampliamente a *los juristas* designando a los abogados, a los consultores, a los jueces, a los funcionarios, a los legisladores, a los notarios, a los profesores, a los investigadores y a los estudiantes de grado y postgrado.

y ss.). Lo que hay que apreciar en el derecho actual la determinación de la misma como un principio innato a la voluntad del hombre, que lo acerca, como enseña *Ronald Dworkin* (2002, p. 234 y ss), a uno de naturaleza moral. Si es un principio moral, diremos que cuando un estándar es reconocido como tal, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez (NINO, 2003, p. 153). Los principios emergentes de la teoría de la voluntad proyectados en el CCCN en la parte general de los contratos –en especial, el de libertad (Art. 958), el de buena fe (Art. 961) y el que refiere al carácter de las normas legales (Art. 962)– operan como tales, y funcionarían de manera articulada y precisa aunque no encontrarán positividad en el cuerpo del CCCN.

Desde entonces, puede afirmarse que la voluntad presenta un discernimiento, como aptitud del sujeto que distingue entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto; una intención, asimilada en gran medida a la causa fin de los contratos (art. 260 CCCN), cuya inobservancia genera la aplicación de instituciones tan importantes para el normal desenvolvimiento del derecho, como lo es la frustración del contrato por falta o imposibilidad de cumplimiento según analizaré después (art. 1090 CCCN). Finalmente, la libertad (art. 260 CCCN), que según lo anteriormente descrito desde la teoría general, opera como una máxima de expresión del principio de autonomía de la voluntad (art. 958 CCCN), ligada también a principios esenciales de la legislación civil, como por ejemplo la libertad en el uso de las formas (arts. 284 y 1017 CCCN).

4 LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS Y EL ORDEN PÚBLICO

Dada la voluntad, lo que sobreviene es el tratamiento de los elementos del contrato, que suelen presentarse con la designación de *esenciales, naturales y accidentales*. Importa aquí el desarrollo de los primeros, por cuanto ofrecen un esquema formidable a la hora de comprender los límites impuestos por el ya referido *orden público*, inclusive teniendo en cuenta que los demás elementos pueden inclusive estudiarse desde la teoría de las obligaciones sin necesidad de recurrir a la parte general contractual en la que solamente se hace alusión a los supuestos previsibles⁷.

El *orden público* predeterminado a establecer/restablecer la equidad en las contraprestaciones de personas que hacen recíprocas concesiones con una finalidad común, reúne los calificativos referidos por la doctrina mayoritaria, e impone límites con el fin de

⁷ Para el tema de la incidencia de las cláusulas usuales en los contratos en el CCCN, ver en mi país: Muguillo (2016, p. 166 y sig.).

lograr una garantía procedimental para el consentimiento pleno; una protección al contratante débil; una debida coordinación y finalmente, una delimitación de los negocios jurídicos en pleno desarrollo (LORENZETTI, 2004, p. 94 y ss.). Resulta evidente entonces la asimilación de los términos transparencia, publicidad, calificación y configuración a los principios de buena fe, oponibilidad, justicia proporcional y finalmente principio de interpretación/integración de los contratos, respectivamente. Sin embargo, debe insistirse aquí nuevamente que el *orden público* es un concepto *debilitado* en relación al establecido en el CCA, y si bien es cierto que la noción se incluye en el cuerpo del título preliminar *principista* del CCCN (art. 12), algunos tratadistas se refieren al mismo como un *principio no general* del derecho argentino (GORDILLO, 2015)⁸.

En esta idea, puede decirse que en la actualidad, son elementos esenciales de los contratos entonces: a) Los sujetos (consentimiento), b) el objeto y c) la causa. La forma también se incluye desde mi perspectiva, como otro elemento relevante.

4.1 Los Sujetos (Consentimiento). Referencia a los Presupuestos. Posicionamiento y Teoría de la Responsabilidad pre y Post-Contractual

En la contratación habitual, de los sujetos importará analizar las reglas generales de capacidad (arts. 22 y cc. CCCN) y especiales (Art.1001, 1002 y afines CCCN) y una vez cumplidas, el siguiente paso es el análisis de la legitimación referida a las relaciones emergentes de la representación legal, orgánica o voluntaria (art. 358 y afines CCCN). Desde la primera, el CCCN trae una innovación fundamental en todo lo atinente a las *niñas, niños y adolescentes*, tanto en materia de capacidad de derechos y de ejercicio (Art. 26 y cc.), como en materia de responsabilidad parental y sus principios receptados en las convenciones internacionales con rango constitucional en mi país –ante cualquier decisión que lo involucre, *el menor debe ser oído*, el *principio de autonomía progresiva* y también el *principio de interés superior*– que han sido positivizados en el CCCN (Art. 639) y que en materia de contratos generaron una verdadera revolución, en temas tales como los relativos a la celebración de contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años (art. 681) o del mayor de esa edad (art. 682) contratos en los que se presume la autorización al hijo mayor de dieciséis años para que suscriba los mismos si están relacionados con empleo, profesión o industria (art. 683), los contratos de escasa

⁸ En el presente ensayo se expresa con rigor: “El Código Civil y Comercial de la Nación, que enfatiza en sus primeros artículos precisamente los grandes principios de derecho, no incluye al orden público entre ellos, aunque lo menciona luego en muy repetidas oportunidades, a veces para limitarlo.”

cuantía (art. 684) entre otros supuestos relevantes. Todo esto indica que el primer presupuesto del consentimiento esencial del derecho de los contratos, *la capacidad*, presenta un notable cambio de estructura al que hay que atender seriamente, por cuanto en este tema el paradigma ha mutado absolutamente de perspectiva: mientras que con anterioridad, la capacidad era la medida de la personalidad (RISOLÍA, 1954, p. 24)⁹, en la actualidad el concepto de persona es revalorizado desde el propio derecho constitucional¹⁰, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el *Estado*, sino que reconoce su principal origen en el concepto de dignidad (LAFERRIERE, 2016, p. 227); la misma que en relación a la persona comenzaba a considerarse desde la celebración del *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil* celebrado en Córdoba hace casi cincuenta años (PLONAVICH, 2009, p. 193-217)¹¹, y la misma que hoy conforma un concepto inherente a la persona humana receptado ampliamente en la moderna legislación (HERRERA; VIGO, 2016, p. 11 y ss.) (Arts. 51, 52 y ss.).

La referencia al segundo presupuesto, este es, el de la *legitimación*, está absolutamente relacionado con el tema de la representación, tema al que he dedicado oportunamente tiempo de estudio, especialmente con anterioridad al nuevo régimen legal y desde varias enfoques (COSOLA, 2014a, p. 1-114)¹². No obstante lo antedicho, resta decir que en este tema, la introducción de un capítulo dentro del desarrollo de la teoría del acto jurídico referido a la teoría de la representación en general (Art. 100, 358 a 361 y cc. CCCN) – y voluntaria en particular (Arts. 362 a 381 CCCN)– receptiva de los valores de la doctrina y jurisprudencia de los últimos cincuenta años, debe celebrarse y acompañarse con un criterio de interpretación armónico con un derecho privado relacionado con principios y fuentes supra-legales.

⁹ Más adelante el autor afirma categóricamente: “La capacidad no es un elemento propio de los contratos. Corresponde exigirla en toda clase de actos jurídicos. La voluntad que pondera el derecho es la voluntad idónea de quien tiene capacidad, es decir, aptitud jurídica, en el lato sentido con que hemos usado la palabra. El consentimiento, pues, debe ser voluntad acorde de personas capaces.” (RISOLÍA, 1954, p. 77).

¹⁰ Una de las autoras del entonces anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación devenido hoy en el código unificado vigente, Highton (2016, pp. 199-200), fue categórica y contundente al referirse al tema de la capacidad y el nuevo paradigma protegido y tutelado por el derecho: “El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código.”.

¹¹ El Congreso referido fue llevado adelante en la Universidad Nacional de Córdoba durante el transcurso del año 1969.

¹² Ver también: <<http://www.revista-notariado.org.ar/2015/02/mandatos-en-los-precedentes-jurisprudenciales-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/>>. Acceso en: 30 04.2018.

En todo este marco, se tratan pormenorizadamente los términos de la *oferta y aceptación contractual* (arts. 971 y afines CCCN), y también las responsabilidades que emergen para cada parte ya sean *pre, post, extra o meramente contractual*. En España, *Manuel Albaladejo* advertía hace un tiempo prudente, que la ruptura intempestiva de *los tratos* obliga a indemnizar si no existiera causa justificatoria de la ruptura y la misma constituyera, de acuerdo al Código Civil Español, un acto ilícito (ALBALADEJO, 1997, p. 198).

Los supuestos de *responsabilidad precontractual* son considerados en la doctrina argentina desde hace un tiempo prudente; desde ella, el tratamiento de la estructura del ilícito precontractual –antijuricidad, factor de atribución, el daño y la relación causal– y de las diversas teorías explicativas de su naturaleza han dado lugar a interesantes debates (STIGLITZ, 1993, p. 99-114; GARRIDO; ZAGO; GARRIDO CORDOBERA, 2014, p. 218-232). Fue el genial *Fernando López de Zavalía* quien proyectó la dificultad de este tema advirtiendo que el mismo ocurría en la suposición que dos personas entradas en relaciones para concluir un contrato no alcanzan a celebrarlo o lo celebran inválidamente, produciendo daños que no hubieran ocurrido de no haber ocurrido esas relaciones. De ahí que los supuestos que en el derecho contemporáneo generan este tipo de responsabilidad sean todos aquellos que puedan imputar algún tipo de débito de alguna o de ambas partes susceptibles de generar contratos nulos, extinción de declaraciones destinadas a integrar el contrato, ruptura de negociaciones y de los deberes de secreto, comunicación y custodia, lo que genera una tesis de daños a indemnizar (interés positivo, negativo, etc.) (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 2006, p. 280-303).

De manera similar a las traídas por el inolvidable maestro del derecho civil patrio se presenta el tratamiento del tema desde los principios de derecho contractual europeo, bajo el acápito *responsabilidad en las negociaciones* (PRINCIPIOS, 2003, p. 265-274). La alusión del CCCN a que “el incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato” (art. 991) tipifica en el derecho privado argentino unificado el supuesto de responsabilidad precontractual (HERNÁNDEZ, 2016, p. 122). En última instancia, el derecho positivo actual no hace más que reconocer los principios esenciales de la responsabilidad, tan bien sistematizados en la genial obra de *Emilio Betti* destinada esta vez, a describir la teoría general de las obligaciones: “[...] El derecho anula y coordina cargas y deberes de respeto y de conservación que se concretan y especifican siempre que, por la particular situación de hecho, la actividad de un miembro de la comunidad pone en peligro bienes e intereses de otro.” (BETTI, 1970, p. 178).

En este tema, un novedoso aporte del profesor *Luis Leiva Fernández* viene a reconocer que existe responsabilidad precontractual por revocación intempestiva de la oferta no vinculante cuando la misma es intempestiva, injustificada y arbitraria (LEIVA FERNÁNDEZ, 2016, p. 132), de la misma manera que existe si una persona acepta la oferta realizando gastos, ignorando que el oferente ha devenido incapaz o ha fallecido (LEIVA FERNÁNDEZ, 2016, p. 136). En el CCCN se desarrollan supuestos –además de los referidos que son claramente compartidos por mí–, en lo atinente a lo que se denomina *trativas contractuales o preliminares* (Arts. 990 a 993), siempre recordando que cada vez que en el derecho de los contratos se hace referencia a la responsabilidad desde cualquiera de sus alcances, se vuelve imperioso analizar los presupuestos clásicos que generan el deber de indemnizar (VÍTOLO, 2017, p. 99), y también teniendo especialmente en cuenta que el cuerpo actual reconoce la función *preventiva, punitiva y resarcitoria* de la *responsabilidad civil*, entendiendo desde el término *función* una *naturaleza polisémica* relativa tanto a los componentes como a la finalidad de la teoría de la responsabilidad civil actual (VERGARA, 2018, p. 21). En este tema, no me resultan ajenas otras soluciones provenientes del derecho español de valía y consideración (LLAMAS POMBO, 1999).

Por ello mismo y dentro de ese espíritu, luego de algunos debates interesantes en mi país se ha terminado por admitir el criterio de *unidad del fenómeno resarcitorio* –sea contractual, sea extracontractual– situación que hoy se encuentra prevista normativamente en el cuerpo unificado en vigencia (Art. 1716 CCCN), pero atendiendo las diferencias insoslayables entre ambos supuestos especiales –generadas esencialmente en materia de prescripción y de extensión del resarcimiento–. Existe claramente una distinción entre dos órbitas, ya que no puede ser lo mismo incumplir una obligación asumida y consagrada que violentar el deber genérico de no dañar (OSSOLA, 2016, p. 29). En definitiva, sobre los principios aludidos se analizan los presupuestos de la responsabilidad precontractual y sus vertientes en la teoría contractual contemporánea.

La referencia a la responsabilidad *postcontractual* deviene interesante – independientemente de su difícil justificación determinada por la naturaleza contractual cuando en realidad éste ya ha culminado– si se tiene en cuenta que desde su inicio – momento en que las partes alcanzan la satisfacción de las obligaciones principales del contrato– hasta el momento del cumplimiento del plazo de la prescripción liberatoria pueden ocasionarse problemas y eventualmente daños que generen algún tipo de reproche sobre el contrato ya cumplido (por ejemplo, si no se prevé en el contrato de transferencia de fondo de comercio la prohibición de competir) (LEIVA FERNÁNDEZ, 2007, p. 507-517).

4.2 El Objeto

Del elemento *objeto* importará el análisis de su estructura y composición, de su posibilidad de *ser un objeto contractual*, y su contenido económico no vedado ni limitado por ninguna norma de orden público (arts. 279, 280 1003 y cc. CCCN). Como lo recordaba el maestro *Francesco Messineo*, no habría dificultad en asumir que el objeto del contrato y el objeto de la obligación (prestación) pueden inclusive ser en ocasiones una misma y sola entidad, y que a la teoría general del contrato le resulta importante tener en cuenta, por cuanto en circunstancias el objeto –relacionado con una *res* o con una *cosa*– puede consistir únicamente en una simple prestación (*non facere*) (MESSINEO, 1986, p. 149). Pero ello obliga a ser preciso en admitir que objeto del contrato no es la mera creación de obligaciones, sino especialmente sus efectos y en la función económica de la operación jurídica realizada por las partes (STIGLITZ, 1992, p. 19); tal es así que también en circunstancias, el objeto del contrato no puede confundirse con el objeto de las obligaciones quizás porque el primero puede ser contrario al ordenamiento jurídico positivo (contrato sobre herencia futura, con algunos bemoles interesantes según el art. 1010 CCCN) y no así la prestación que este con ello relacionada (transmisión de derechos del heredero) (STIGLITZ, 1992, p. 19). Esto obliga a considerar en el tema lo que se denomina *el contenido del contrato*, que son las reglas de conducta, los preceptos creados por las partes en el marco de la libertad de contratación, aquellos ineludibles propios de los mandatos legales que posicionan al ordenamiento jurídico a aplicar criterios imperativos y también supletorios, y los usos y costumbres propios del lugar de celebración (STIGLITZ, 1994, p. 343).

La regla general es que toda prestación puede ser objeto de un contrato, salvo las que el cuerpo unificado prevé como no posibles: las relativas a los hechos imposibles o prohibidos por las leyes, contrarios a la moral, al orden público y las que fueren lesivas de cualquier derecho ajeno o de la propia dignidad de la persona humana (BORDA, 2016, p. 117). Dentro de este marco, el objeto del contrato debe reunir las exigencias y cualidades que cada legislación impone dentro de ellas: la necesidad que el mismo sea determinado o determinable, lícito, posible, susceptible de valoración económica y ser correspondido con un interés de las partes (art. 1003 CCCN), pudiendo inclusive tratarse de bienes existentes o futuros (art. 1007 CCCN) o incluso ajenos (art. 1008 CCCN) y litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares (art. 1009 CCCN).

En definitiva, como lo ha expuesto hace tiempo *Federico Videla Escalada* objeto es la materia sobre la cual versa el acto (contrato); el aspecto objetivo del contrato se encuentra identificado con los bienes y con los hechos sobre el cual el mismo versa (VIDELA

ESCALADA, 1968, p. 11). A esta tesis adhiere *José María Gastaldi*, argumentando que el objeto como materia, debe siempre ser separado de la causa o finalidad del contrato que tiene que ver con la voluntad, con la intención, desde una perspectiva eminentemente subjetiva (GASTALDI, 2003, p. 78-79).

4.3 La Causa

El elemento causa no es propio del análisis del derecho de los contratos. Por el contrario, es el único elemento que se erige como un baluarte indiscutible de la filosofía jurídica. Es desde allí desde donde se postula que para poder llegar a alcanzar una comprensión y aprehensión profunda de la realidad cambiante del derecho –que incluye escapar de la mera experiencia jurídica para acercarse al hecho *verum*, y con él, a la propia juridicidad– es necesario acudir a su *explicación causal* (VIGO, 1983, p. 54). Toda relación jurídica, argumenta *Jorge Joaquín Llambías*, se encuentra sujeta al principio de *razón suficiente* (LLAMBÍAS, 1991, p. 249). Y por esa razón desde el derecho civil, la causa se analiza y proyecta en todos los actos jurídicos desde una doble perspectiva: la primera, relativa a la finalidad general, igual y uniforme para todos los actos de similar naturaleza (art. 726 CCCN), y la segunda, relacionada con la finalidad propia de cada acto en especial, momento donde adquieren especial relevancia los motivos que a cada parte ha debido tener para poder impulsar y realizar el derecho contractual (VIDELA ESCALADA, 1968, p. 188) (art. 281 CCCN).

La discusión en el derecho de los contratos del tema de la causa en mi país –inclusive proyectada desde la teoría del acto jurídico– hizo que algunos terminaran por considerarla elemento esencial del acto/contrato en alusión directa tanto de su aspecto objetivo –causa fuente– como de su aspecto subjetivo –causa fin–. Otros en cambio prefirieron adherir a la tesis que afirmaba que dentro de la enumeración de los elementos esenciales de los contratos la causa no podría nunca ser advertida, precisamente porque la misma se encontraba indiscutidamente ligada a la composición de la voluntad (intención), conjuntamente con el discernimiento y la libertad. Para esta teoría, la imposición de la causa fin como elemento del acto volitivo –y por ende, del contrato– era una realidad innegable.

El derecho actual considera a la causa desde una visión *dualista*: causa como fin inmediato –motivos determinantes de las partes para realizar el acto– y causa como fin mediato, relacionada con la función económica y social que el contrato proyecta desde el ordenamiento (BORDA, 2016, p. 131). La misma se proyecta y analiza tanto desde la teoría general del contrato (art. 1013 CCCN) como desde la teoría del acto jurídico (art. 281 CCCN), debiendo agregarse que existe una presunción de existencia de la causa

aunque la misma no esté expresada, salvo prueba en contrario (art. 282 CCCN), que la falta de causa genera la nulidad del acto –salvo adecuación o extinción (art. 1013 CCCN)– de la misma manera que lo genera la causa ilícita [(art. 1014 inc. a) CCCN]. El tema de la causa proyecta el interesantísimo supuesto de la *frustración del fin del contrato*, que por su importancia y debido a su reciente incorporación al cuerpo del código unificado, relacionaré seguidamente de manera breve.

4.3.1 La frustración de la finalidad¹³

El enorme *Karl Larenz* adelantaba hace ya algunos años, que si a causa de una imprevista transformación de las circunstancias se hiciera imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes en un contrato expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio, cada una de ellas podía resolverlo si el mismo aún no había concluido o si todavía no se había cumplido. El principio general en esta materia, nos advierte el autor alemán, debe establecer lo siguiente: “Excepto en caso de una imposibilidad efectiva, no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias.” (LARENZ, 2002, p. 138-139).

En mi país se enseñaba que la frustración del fin del contrato es la frustración de la *causa*, debiendo tenerse especialmente en cuenta el fin o finalidad asumida por las partes, que se vea malograda ab initio en su esencia (STIGLITZ, 1994, p. 22). En esta inteligencia, la frustración no genera un obstáculo en el campo fáctico, sino en el volitivo. El acreedor deja de desear el cumplimiento porque aunque el mismo ocurra, la prestación carece del sentido perseguido al contratar, en definitiva, se pierde el interés que se buscaba satisfacer al momento de contratar (LEIVA FERNÁNDEZ, 2014). Por su parte, las *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en Buenos Aires en la sede de la *Universidad Notarial Argentina* en el año 1991 consideraron el tema estableciendo que la frustración del contrato es capítulo inherente a la causa, entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio (CONGRESOS, 2005, p. 111). Consecuentemente, para que pueda configurarse la frustración del contrato debe hacerse necesaria la confluencia de ciertos presupuestos, entre los que cuentan la existencia de contrato en etapa funcional, de naturaleza bilateral con causa manifestada, que sufre la alteración de las circunstancias que no responde a la culpa ni a la mora de alguien sino a razones externas y ajenas a la voluntad de las partes (STIGLITZ, 1994, p. 24)¹⁴.

¹³ Para ampliar el tema ver: Acquarone; Cosola; Rocca, 2015, p. 852 y sig.

¹⁴ Ver además: Gastaldi, 1994, p. 225 y ss.

En el derecho actual, la frustración definitiva de la finalidad del contrato viene a autorizar a la parte perjudicada a declarar su resolución, la que se vuelve operativa cuando la misma parte comunica su declaración extintiva a la otra. En el caso de la frustración de la finalidad de manera temporaria, la resolución es posible únicamente si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución reviste el carácter de esencial (art. 1090 CCCN).

4.4 La Referencia a la Forma como Elemento del Acto y del Contrato¹⁵

Muy a pesar que ciertas corrientes actuales consideran a la forma como un elemento no esencial, así prefiero yo considerarla tanto dentro de la teoría general del acto jurídico (art. 284 CCCN) como dentro de la teoría general del contrato (art. 1015 CCCN). Comienzan entonces a cobrar relevancia las enseñanzas de algunos de los autores patrios que advertían hace tiempo que eran verdaderamente impropias las designaciones de los negocios, o actos jurídicos o contratos *sin forma* o *no formales* (CIFUENTES, 2004, p. 225; CIFUENTES, 2001, p. 465; CIFUENTES, 2011, p. 189; LORENZETTI, 2004, p. 420 y entre otros REZZÓNICO, 1999, p. 264). En el derecho privado actual, el establecimiento del elemento *forma* como máxima expresión de la exteriorización de la voluntad implica dotar al acto de validez, vigencia y eficacia. Y desde aquí que se enseña con acierto –y en sintonía con lo expuesto en las líneas anteriores– que la voluntad pertenece a una esfera del individuo que es incapaz de trascender por sí misma, y por esa razón, la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto. En palabras del genial *Mario Zinny*: forma es acción; acción que incluye además el gesticular, hablar, escribir, manipular la computadora, entregar, edificar y sembrar, y a veces es callar o estarse quieto (ZINNY, 2008, p. 40).

La regla general sostiene que prevalece la autonomía de la voluntad por sobre todo tipo de formalismo. Sin embargo, muy a pesar de la fuerza del mencionado principio también receptado en la nueva legislación (arts. 958 y 962 CCCN) se exceptúan aquellos casos especiales que en razón de la seguridad o finalidad, requieren de forma impuesta por la ley. En relación a este tema, el gran autor notarialista español *Rafael Núñez Lagos* insistía desde sus hechos y derechos en el instrumento público que había que diferenciar el continente (instrumento) del contenido (acto o contrato), muy a pesar que su tratamiento en conjunto era –¡y es!– tan necesario como indispensable. En consecuencia, la forma

¹⁵ Para ampliar conceptos en este punto, ver: Cosola, 2014, p. 653 a 792. Ver también: Cosola, 2015.

presenta un límite al principio de libertad (arts. 284, 969, 1015 y cc. CCCN) que es el de la forma legal o impuesta, prevista para ciertos actos puntuales y específicos (en especial, art. 1017 CCCN).

5 LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS

El principal efecto es el cumplimiento, el cual por principio afectara la órbita patrimonial de los sujetos contratantes, y no la de los terceros, salvo casos concretos, puntuales y específicos previstos en el cuerpo del código unificado (arts. 959, 1021 y sig. CCCN) o que resulten de consecuencias mediatas a la contratación (Art. 961 y afines CCCN). Puede haber además vicisitudes en torno al normal cumplimiento, producidas particularmente por algunos contratos, como el distracto (art. 1076 CCCN); la señal o arras (art. 1059 CCCN); el pacto comisorio (arts.1086 y 1087 CCCN); la suspensión de cumplimiento total o parcial (art. 1031 CCCN), las cláusulas abusivas (art. 988 y afines CCCN) y la denominada obligación de saneamiento (art. 1033 y afines CCCN) omnicompreensiva tanto de la denominada evicción como de los vicios ocultos.

Si se diera el efecto del incumplimiento, las normas positivas y vigentes presentan las soluciones o al menos, algunas determinaciones. Si fueran hechos extintivos, podrán presentarse los institutos de la confusión y la caducidad, la imposibilidad de cumplimiento, la muerte del deudor en los contratos que tengan naturaleza de *intuitu personae*. Si fueran actos extintivos, se darán entonces los supuestos de renuncia, rescisión, resolución, revocación (Art. 1077 CCCN) y la transacción, actualmente devenida en contrato típico (art. 1641 CCCN) –a diferencia del régimen anterior que la proyectaba como uno de los tantos modos de extinción de las obligaciones–, mientras que desde el punto de vista del origen, existirán también los actos nulos (art. 386 CCCN) y los actos inoponibles (art. 396 CCCN).

5.1 La Operación Económica y el Contrato

Las modernas codificaciones se orientan en lo que de manera contundente las comisiones de reforma de los códigos de *Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico* dejaron plasmando, a finales del siglo pasado en la denominada *Acta de Arequipa*. Se refirieron allí a la necesidad de formular nuevos cuerpos legales que tengan en cuenta las nuevas realidades, la internacionalización de las operaciones jurídicas y económicas, la armonización de los sectores medulares del derecho privado, la adecuación de los códigos a la *Constitución Nacional* de cada Estado, la protección de los débiles, el respeto a la autonomía de la voluntad *en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación*, y en

especial, la reformulación de *los principios de la contratación* con el fin de *adecuarlos a las modernas necesidades para que se puedan contemplar desde allí a las instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos en un marco de equidad* (ZINNY, 2008, p. 17).

Un reciente estudio de *Enrico Gabrielli* demuestra la importancia de analizar la *operación económica del contrato*, es decir, sobre el negocio considerado, no solamente el tipo contractual de que se trate, sino además “*la concreta regulación del autorreglamento de los intereses privados*” (GABRIELLI, 2017, p. 8). El autor postula que para alcanzar a visualizar la realidad sustantiva del negocio debe buscarse en el conjunto de operaciones económicas que permiten apreciar claramente cuál es su esencia (GABRIELLI, 2017, p. 10). Esas operaciones económicas que ocurren en la vida de relación, por las cuales las personas llevan adelante y a partir de las presiones sociales, al decir de *Emilio Betti*, el decisorio de ejercer derechos económicos y sociales (BETTI, 2001, p. 31). Las mismas que confirman al contrato como institución y también, como centro de vida de los negocios (RIVERA; CROVI; DI CHIAZZA, p. 4).

En este esquema, existe lo que denomina *el riesgo contractual*, consecuencia directa de eventos negativos, no previstos, sobrevinientes o inevitables que acontecen en el transcurso de la vida del contrato (GABRIELLI, 2017, p. 91). El CCCN considera normativamente la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente (Art. 1091), comúnmente denominada teoría de la imprevisión contractual. La misma viene a contemplar el acontecimiento de una situación jurídica especial, en la cual la autonomía de la voluntad queda sustituida por un elemento extraño a tal principio y que trae como consecuencia la resolución del contrato en los casos en que el mismo era bilateral, oneroso y conmutativo, por cuanto se torna excesivamente gravosa la prestación continuada, periódica, o de ejecución diferida asumida por la parte contratante. La excesiva onerosidad no reconoce como causa exclusiva ni la culpa ni la mora del damnificado, por cuando todo se vuelve inoperante frente al acaecimiento de esos hechos imprevisibles y extraordinarios (SPOTA, 2009, p. 736). Se fundamenta entonces porque lo que emerge es un desequilibrio sobreviniente, una situación que repugna a la justicia conmutativa, por cuanto se sufre una alteración de las circunstancias en que las partes fundaron su decisión de contratar (MOSSET ITURRASPE, 1977, p. 206-207).

En el CCCN se establece que si un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente presenta el problema de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación por parte de una de las partes, por habersele tornado excesivamente onerosa la misma por la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de la

celebración, la misma tiene derecho a plantear judicial o extrajudicialmente –por vía de acción o de excepción–, tanto la adecuación como la resolución total o parcial del contrato. Las mencionadas reglas se extienden también a los terceros, a quienes se les han conferido derechos o asignado obligaciones, propias del contrato. Finalmente se considera la posibilidad de la resolución del contrato aleatorio si la prestación se vuelve excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia (Art. 1091).

6 CONCLUSIONES

- a) En la República Argentina, la parte general del derecho de los contratos tipificada en el CCCN recepta instituciones clásicas y también modernas –estas últimas desde el aspecto normativo–, de notable trascendencia y vigencia, que son las que se fueron mencionando a lo largo y ancho del presente ensayo.
- b) Como con razón se afirma, el CCCN ha cobijado una nueva matriz jurídica bastante diferente a la establecida anteriormente, priorizando una nueva perspectiva tanto en la proyección de los nuevos derechos como en su aplicación y concreción final (GRAJALES; NEGRI, 2016, p. 5).
- c) En este sentido, el sistema de valores que entronca el derecho constitucional nacional, expresa *Juan Manuel Aparicio*, se proyecta ineludiblemente hacia todos los ámbitos del derecho en forma de directriz y por ello, no puede haber contradicción entre los sistemas de derecho que se enmarcan por debajo de los postulados constitucionales (APARICIO, 2016a, p. 89).
- d) Hacia finales del siglo pasado, era común escuchar en las conferencias del profesor *Jorge H. Alterini* relativas al objeto de tutela de los códigos civiles argentinos, la alusión a que el CCA era el cuerpo legal de los ricos y de los pobres, mientras que el derecho actual –y en especial el malogrado proyecto de unificación argentino del año 1998 del cual formó parte (ARGENTINA, 1999)– sería el promisorio código de los consumidores.
- e) El CCCN actual se orienta en ese camino, y no debe albergarse duda alguna en decir además que inclusive, es el código de la voluntad, por cuanto como he referido, jamás el orden público se vio tan relativizado como en la actualidad.
- f) Consecuentemente, la teoría general del contrato debe considerarse como descripta dentro de un sistema que contiene normas pero también principios y valores, que deben

argumentarse desde la ley y también desde el derecho, intentando alcanzar en cada caso, lo justo que a cada cual le pertenece, tesis que en España sostienen desde el notariado *Juan Vallet de Goytisoló* (1973a, p. 7 y ss.; 1973b, p. 15), *Juan Francisco Delgado de Miguel* (1998, pág. 33 y ss.; 1992, p. 25) e *Isidoro Lora Tamayo Rodríguez* (2012). A las mismas adscribo con convencimiento y con fe en el derecho.

REFERENCIAS

ACQUARONE, María T.; COSOLA, Sebastián Justo; ROCCA, Ricardo. Contratos: parte general. En: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coordinador). **Código civil y comercial**: comentado, anotado y concordado. Tomp 3. Buenos Aire: Astrea y FEN, 2015.

ALBALADEJO, Manuel. **Compendio de derecho civil**. 10. ed. Barcelona: José María Bosch, 1997.

APARICIO, Juan Manuel. **Contratos**: parte general. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2016a.

APARICIO, Juan Manuel. **Contratos**: parte general. v. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2016b.

ARGENTINA. **Código civil argentino**. Buenos Aires: Zavalía, 1998.

ARGENTINA. **Código civil argentino, con las notas explicativas**. Buenos Aires: Platense, 1961.

ARGENTINA. **Código civil y comercial de la Nación**. Buenos Aires: Astrea, 2015.

ARGENTINA. **Proyecto de código civil de la república argentina unificado con el código de comercio**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

ARMELLA, Cristina Noemí. **Contratos conexos**. Buenos Aires: La Ley, 2015. (Suplemento Especial: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación- Contratos).

AYUSO, Miguel. **Constitución**: el problema y los problemas. Madrid: Marcial Pons, 2016.

- BAROCELLI, Sergio S. El derecho del consumidor y el nuevo código civil y comercial. En: KRIEGER, Walter F.; BAROCELLI, Sergio S. **Derecho del consumidor**. Buenos Aires: El Derecho, 2017.
- BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Traducción de Martín Perez. Granada: Comares, 2000.
- BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones**. Tomo II. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1970.
- BETTI, Emilio. Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico. En: BETTI, Emilio et all. **Teoría general del negocio jurídico**. Lima: Ara, 2001.
- BOLIVIA. **Código civil de la República de Bolivia**. Cochabamba: Serrano, 2008.
- BORDA, Alejandro. **Derecho civil: contratos**. Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley, 2016.
- BUERES, Alberto J. (Dirección); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.; GEBHARDT, Marcelo (Coordinación). **Código civil y comercial de la nación y normas complementarias**. Tomo 3C. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN VÁZQUEZ, José María; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **Sistemas jurídicos contemporáneos**. Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2000.
- CIFUENTES, Santos. **Código civil comentado y anotado**: con la coordinación de Fernando A. Sagarna. Tomo II, 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- CIFUENTES, Santos. Forma de los actos jurídicos. En: BELLUSCIO, Augusto César (Director); ZANNONI, Eduardo A. **Código civil y leyes complementarias**. Tomo 4. 3.^a reimp. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- CIFUENTES, Santos. **Negocio jurídico**. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **El negocio jurídico**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

CONGRESOS y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires: La Ley, 2005.

CONTRERAS LÓPEZ, Raquel S. **Derecho civil**. México: Porrúa, 2016.

COSOLA, Sebastián Justo. Contrato de mandato. En: ARMELLA, Cristina Noemí (Directora); ESPER, Mariano (Coordinador). **Corte Suprema de Justicia de La Nación: máximos precedentes-contratos**. Buenos Aires: La Ley, 2014a.

COSOLA, Sebastián Justo. Importancia del desarrollo de los valores emergentes de los instrumentos públicos en el seno del nuevo derecho privado constitucional argentino. Revista en Letra (Referato Latindex). Disponible en: <<https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-cosola.pdf>>. 2015. Acceso en: 1.º-05.2018.

COSOLA, Sebastián Justo. Principios de la contratación inmobiliaria. En: ACQUARONE, María T. (Directora). **Derecho inmobiliario**. Buenos Aires: Di Lalla, 2010.

COSOLA, Sebastián Justo. En: RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores); ESPER, Mariano (Coordinador). **Código civil y comercial de la nación comentado**. Tomo I, Forma y prueba del acto jurídico (arts. 284 a 288); Instrumentos públicos (arts. 289 a 298); Escritura pública y acta (299 a 312); Instrumentos privados y particulares (Arts. 313 a 319). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley, 2014b.

CUBA. **Código civil de la República de Cuba**: anotado y concordado por Leonardo B. Perez Gallardo. La Habana: Ciencias Sociales, 2011.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. **La deontología notarial frente a los clientes, a los colegas y al estado**. Asturias: Summa, 1998.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. La esencia deontológica de la profesión notarial. En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Compilador). **Deontología notarial**. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España/Consejo General del Notariado Español, 1992.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. v. I. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2015.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**. v. II. Madrid: Tecnos, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 2002.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 2002.

ESPAÑA: **Código civil**. 7. ed. anotada y concordada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ESPINOZA-ESPINOZA, Juan. **Acto jurídico negocial**. 4. ed. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos civiles**. 14. edic. México: Porrúa, 2012.

FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo Perez. **Doctrina notarial internacional**. México: Porrúa/Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2013.

GABRIELLI, Enrico. **Operación económica y teoría del contrato**. Buenos Aires: Astrea/G. Giappichelli, 2017.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho civil**: primer curso. 29. ed. México: Porrúa, 2015.

GARRIDO, Roque F.; ZAGO, Jorge A.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. **Contratos civiles y comerciales**: parte general. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

GASTALDI, José María. **Contratos**. v. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

GASTALDI, José María. **Introducción al estudio del contrato**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Orden público como principio no general del derecho argentino**. La Ley 2015-F-1041, 24/11/2015.

GRAJALES, Amós A.; NEGRI, Nicolás J. **Interpretación y aplicación del código civil y comercial**. Buenos Aires: Astrea, 2016.

HERNÁNDEZ, Carlos A. El consentimiento contractual. En: NICOLAU, Noemí L.; HERNÁNDEZ, Carlos A. (Dir.); FRUSTRAGLI, Sandra A. (Coord.). **Contratos en el código civil y comercial de la nación**. Buenos Aires: La Ley, 2016.

HERRERA, Daniel A.; VIGO, Rodolfo Luis. El concepto de persona humana y su dignidad. En: **Personas Humanas, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2016.

HIGHTON, Elena I. Capacidad de los menores de edad. En: **Personas Humanas, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2016.

LAFERRIERE, Jorge N. La persona humana en el código civil y comercial: consideraciones generales. En: LIMODIO, Gabriel (Ed.). **Derecho y persona humana en el código civil y comercial**. Buenos Aires: Educa, 2016.

LAMARCA MARQUEZ, Albert. **Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch)**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LAMBER, Rubén A. **La escritura pública**. Tomo I. La Plata: FEN, 2003.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Granada: Comares, 2002.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Contratos. En: ALTERINI, Jorge H. (Director General); LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (Director del Tomo); ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador). **Código civil y comercial comentado: tratado exegético**. Tomo V. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2016.

LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. La autonomía de la voluntad oculta en el código civil. En: LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. **Ensayos de derecho civil y técnica legislativa**. Buenos Aires: La Ley, 2007a.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. **La frustración de la causa fin del contrato**. La Ley-Diario, 24 feb. 2014.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. La responsabilidad postcontractual. En: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. **Ensayos de derecho civil y técnica legislativa**. Buenos Aires: La Ley, 2007b.

LLAMAS POMBO, Eugenio. **Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest**. Madrid: Trivium, 1999.

LLAMAS POMBO, Eugenio. **Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil**: parte general. Tomo II. Actualizado por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Perrot, 1991.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. **Teoría de los contratos**: parte general. Tomo 1. Buenos Aires: Zavalía, 2006.

LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, Isidoro. Derecho y crisis económica. En: **Revista Jurídica del Notariado**, Madrid, v. XII extraordinario, 2012 (Separata).

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: código civil y comercial de la nación. Buenos Aires: La Ley, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. Santa Fe Rubinzal-Culzoni, 2004.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tomo I. Traducción de Roberto Fontanarrosa, Santiago Santis Melendo y M. Volterra, con notas de Derecho Argentino de Vittorio Neppi. Buenos Aires: EJE, 1986.

MORENO RODRIGUEZ, José A. **Hechos y actos jurídicos**. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política e Intercontinental, 2014.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Derecho civil constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Justicia contractual**. Buenos Aires: Ediar, 1977.

MUGUILLO, Roberto A. **Contratos civiles y comerciales**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 2016.

MUÑOZ, Luis. **Contratos**. Tomo I. Buenos Aires: TEA, 1960.

NICOLAU, Noemí Lidia. **Fundamentos de derecho contractual**. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2003. 2.^a reimp.

OJEDA RODRIGUEZ, Nancy. **Derecho de los contratos: teoría general**. La Habana: Félix Varela, 2006.

ORGAZ, Alfredo. **Hechos y actos o negocios jurídicos**. Buenos Aires: Víctor p. de Zavalía, 1963.

OSSOLA, Federico A. **Responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

PARAGUAY. **Código civil paraguayo y código procesal civil**. Asunción: Foro, 2016.

PEREZ GALLARDO, Leonardo B. **Código civil de la República de Cuba: anotado y concordado**. La Habana: Ciencias Sociales, 2011.

PERÚ. **Código civil del Perú**. Lima: Jurista, 2017.

PLONAVICH, María Cristina. Los derechos de la personalidad y su protección legal. En: ESPANÉS, Luis Moisset de (Org.). **Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)**. Tomo I. Córdoba: Academia Nacional del Derecho de Córdoba;Advocatus, 2009.

PRINCIPIOS de Derecho Contractual Europeo: partes I y II: los trabajos de “la comisión de derecho contractual europeo”). Madrid: Olé Lando y Hugh Beale/Consejo General del Notariado, 2003.

QUAGLIA, Marcelo C. Contratos en general. En: BUERES, Alberto J. (Dirección); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.; GEBHARDT, Marcelo (Coordinación). **Código civil y comercial de la nación y normas complementarias**. Tomo 3C. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RISOLÍA, Marco Aurelio. **Capacidad y contrato**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1954. (Serie Monografías Jurídicas, 14).

RISOLÍA, Marco Aurelio. **Soberanía y crisis del contrato**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1.946.

RIVERA, Julio César; CROVI, Luis D.; DI CHIAZZA, Iván G. **Contratos**: parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2017.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**: introducción, personas y familia. 14. ed. Tomo I. México: Porrúa, 2014.

ROSATTI, Horacio. **El código civil y comercial desde el derecho constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. **De los contratos civiles**. 25. edic., México: Porrúa 2013.

SPOTA, Alberto G. **Contratos**: instituciones de derecho civil. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2009b.

SPOTA, Alberto Gaspar, **Contratos**: instituciones de derecho civil. Actualizado por Luis F. P. Leiva Fernandez. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009a.

STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad precontractual. En: STIGLITZ, Rubén S. (Director). **Contratos**: teoría general. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustración del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

STIGLITZ, Rubén S. Contenido del contrato. En: STIGLITZ, Rubén S. (Director). **Contratos**: teoría general. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1994.

STIGLITZ, Rubén S. **Contratos**: teoría general. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1993-1994.

TOLLER, Fernando M. **Sistema de citas y redacción en derecho**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

TORRES VÁZQUEZ, Aníbal. **Teoría general del contrato**. II Tomos. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. **En torno al derecho natural**. Madrid: Sala, 1973a.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. **Panorama del derecho civil**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1973b.

VERGARA, Leandro. **Sistema maestro de responsabilidad civil**. Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley, 2018.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. **El acto jurídico**. 10 ed. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

VIDELA ESCALADA, Federico. **La causa final en el derecho civil** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968.

VIGO, Rodolfo Luis. **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación jurídica de los contratos civiles. En: VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación jurídica**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1999.

VÍTOLO, Daniel R. **Manual de contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Estudio, 2017.

ZAVALA, Gastón A. La forma notarial. En: **Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial**, Madrid, Consejo General del Notariado Español, n. 2, 2003.

ZINNY, Mario A. **Instituciones de derecho privado**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

Submissão em: 17 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 3 setembro 2018

ECOS ACADÊMICOS

Faça o que tu Queres, pois é tudo da lei: as contribuições de Raul Seixas para o estudo do direito¹

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES²

AMANDA MUNIZ OLIVEIRA³

LEILANE SERRATINE GRUBBA⁴

Resumo: O presente artigo busca demonstrar de que forma o rock, produto midiático fruto da cultura de massa, pode ser utilizado como veículo de contestação e luta social, a partir do exemplo de Raul Seixas. Tendo alcançado sucesso de público no período ditatorial brasileiro, o artista procurou utilizar seu *status* social e sua audiência para disseminar ideais relativos à liberdade

¹ Este artigo integra o conjunto de trabalhos que estão sendo produzidos pelo Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI), sob a coordenação do Professor Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, com o apoio do CNPq, dentro do projeto de pesquisa intitulado “*Conhecer Direito - Ciência Aplicada do Direito e produção do conhecimento jurídico: em busca dos limites e possibilidades da pesquisa jurídica aplicada*”.

² Doutor em Direito (Filosofia do Direito e da Política) e Mestre em Direito (Instituições Jurídico-Políticas) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Realizou Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professor Titular de Teoria do Processo do Departamento de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, de 1991 a 2016. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, de 2015 a 2016. Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Publicou diversos livros e uma centena de artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Ensino e Pesquisa em Direito, Direito Educacional, Direito Processual e Teoria do Processo*. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Meridional.

³ Doutoranda e Mestre em Direito/PPGD/UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito – NECODI (UFSC/CNPq). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Modelagem e Compreensão de Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política (UFSC/CNPq). Pesquisadora do Projeto de Pesquisa Lilith: Direito e Interseccionalidades. (CCJ/UFSC). Graduada em Direito na Faculdade de Direito Santo Agostinho.

⁴ Doutora e Mestre em Direito (UFSC). Mestranda Interdisciplinar em Ciências Humanas (UFFS). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professora da Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Pesquisadora da Fundação Meridional. Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos (IMED/CNPq). Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw - Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o Empoderamento (CNPq/IMED/IIDH/ YHRB). Membro do Corpo Diplomático e Consultora de Projetos do Programa Youth for Human Rights (YHRB).

individual. Conhecedor da *Lei de Thelema*, Raul ressignificou esse postulado esotérico e o aplicou no campo social e político, de modo a difundir suas premissas como forma de luta e resistência contra a ditadura. O artigo, nesse sentido, irá propor a utilização do rock como forma de se refletir sobre o direito. Para tanto, metodologicamente, se buscará investigar como e por que o rock deve ser considerado uma promissora fonte de estudos jurídicos; na sequência, será contextualizada a situação brasileira da década de 70, época de maior sucesso de Raul Seixas, e investigada a maneira como o artista utilizou de seu lugar de destaque para denunciar e contestar o *status quo*.

Palavras-Chave: Liberdade; Direito & Música; Raul Seixas; Rock; Conhecimento jurídico.

Abstract: This article aims to demonstrate how rock, a media product derived from mass culture, can be used as a vehicle of social struggle, based on the example of Raul Seixas. Having achieved public success in the Brazilian dictatorial period, the artist tried to use his social status and his audience to disseminate ideals related to individual freedom. Knowing the *Law of Thelema*, Raul recreated this esoteric postulate and applied it in the social and political field, in order to diffuse its premises as a form of struggle and resistance against the dictatorship. The article, in this sense, will propose the use of rock as a way of reflecting about the law. For this, methodologically, we will investigate how and why rock should be considered a promising source of legal studies; in the sequence, will be contextualized the Brazilian situation of the 70's, the most successful time of Raul Seixas, and investigated the way the artist used his prominent place to denounce and challenge the status quo.

Keywords: Freedom; Law & Music; Raul Seixas; Rock; Legal knowledge

1 INTRODUÇÃO

Mais do que uma fonte de entretenimento e diversão, a música, como produto da subjetividade humana, é capaz de veicular mensagens e pensamentos diversos a praticamente todos os que com ela têm contato. O simples fato de ouvir uma canção, ainda que seu conteúdo não nos agrade, pode nos levar a assobiá-la por dias, de forma que a memorizamos sem sequer termos tal intenção.

Não é por acaso que esquecemos a data do aniversário dos avós, mas nos lembramos do telefone da farmácia cantado em um jingle. Valendo-se da audição, a música penetra nosso inconsciente sem que possamos nos defender.

Também não é por acaso que os regimes ditatoriais, como a própria Ditadura Militar no Brasil, incomodem-se tanto com as canções – especialmente, as populares. A música veicula mensagens e inspira ideais, sendo muito mais acessível que outras produções culturais, como a literatura: basta ouvir dois ou três minutos para se tenha contato com determinado ponto de vista.

A proposta de relacionar o direito e o rock não é inédita. Tem-se, por exemplo, a obra de Carvalho (2011), que tece considerações sobre a criminologia e a contracultura do rock; o trabalho de Pearce, Danitz e Leach (2005, p. 907-922), que traçam uma analogia entre advogados e roqueiros; a pesquisa de Magnon (2011, p. 65-78) que procura identificar a visão de justiça nas músicas de Bob Dylan; a obra de Germano Schwartz (2014) sobre o direito e o rock brasileiro dos anos 1980 e, mais recentemente, a dissertação de mestrado de Amanda Oliveira (2016), que aborda os conceitos de Direito presentes na obra de Raul Seixas.

No encaixo dessas pesquisas iremos demonstrar como e por que a música, especificamente o rock, deve ser considerada um instrumento para se pensar o Direito. Em um primeiro momento, analisaremos o contexto de criação e produção do rock, bem como sua vinculação à juventude e movimentos de contestação. Em seguida, faremos algumas considerações a respeito da ditadura militar brasileira para, por fim, demonstrar a importância da atitude contestatória de Raul Seixas, que por meio do rock difundiu seus ideais de autonomia e liberdade.

2 ROCK, LAW AND SOCIETY

Segundo Chacon (1995, p. 18) “O rock não é [...] apenas um tipo especial de música, de compasso ou de ritmo. Restringi-lo a isso é não reconhecer sua profunda penetração numa parcela (cada vez mais) significativa das sociedades ocidentais”. Isso porque, embora seja um gênero musical, ele possui certas particularidades. Chacon (1995, p. 12) elenca a dança, o ato de cantar (independentemente do idioma) e o apelo auditivo como características importantes, mas o que diferencia o rock dos demais estilos musicais seria o seu público. Nas palavras do Autor (1995, p. 18):

O rock é muito mais do que um tipo de música: ele se tornou uma maneira de ser, uma ótica da realidade, uma forma de comportamento. O rock é e se define pelo seu público. Que, por não ser uniforme, por variar individual e coletivamente, exige do rock a mesma polimorfia, para que se adapte no tempo e no espaço em função do processo de fusão (ou choque) com a cultura local e as mudanças que os anos provocam de geração a geração. Mais polímorfo ainda porque seu mercado básico, o jovem, é dominado pelo sentimento da busca que dificulta o alcance ao porto da definição (e da estagnação...). [Grifos originais].

A grande interação entre o rock e o seu público, e o possível papel transgressor atribuído ao rock, podem ser corroborados a partir de uma breve análise das condições sociais que permitiram a emergência deste ritmo musical. Segundo Chacon (1995, p. 24), o rock originou-se entre as décadas de 1950 e 1960, a partir três gêneros musicais: a *pop music*, defensora dos valores conservadores de então; o *rhythm and blues*, a vertente negra contestadora que quase exclusivamente deu forma ao rock; e a *country and western music*, que veiculava as mensagens de dor e sofrimento dos camponeses brancos.

A indústria cultural também teve um papel crucial na consolidação do rock. Conforme Alves (2002, folhas 31-32), o ritmo teve suas origens fora do mercado, mas foi logo por ele absorvido.

Na medida em que os agentes dessa indústria cultural detectaram a popularidade rock, não apenas as gravadoras, mas também o rádio, o cinema e a televisão foram

mobilizados, e em pouco tempo as canções ao mesmo tempo em que sintetizavam aspirações da juventude americana constituíam-se como uma excepcional mercadoria no âmbito do mercado cultural.

Todavia, conforme Kellner (2001), é preciso lembrar que antes de manipuladora ou fonte única de entretenimento, a imprensa e a indústria cultural veiculam seus produtos na tentativa de atrair o maior número de pessoas possível. Dessa forma, não é incomum encontrar simultaneamente discursos alienantes e emancipadores em várias produções culturais – inclusive o rock.

Simultaneamente ao surgimento do rock, Roszak (1972, p. 15-51) discorre sobre a emergência de uma chamada contracultura: uma cultura inversa, radicalmente contrária aos ideais propagados pela então cultura hegemônica, cujo objetivo seria contrapor “aquela sociedade na qual os governantes justificam-se invocando especialistas técnicos, que por sua vez justificam-se invocando formas científicas de conhecimento. E além da autoridade da ciência não cabe recurso algum.”. Ou seja, a tecnocracia.

E um dos principais veículos do pensamento contracultural, conforme Roszak (1972, p. 51) seria “a exuberância juvenil do clube de rock”. Embora o Autor (1972, p. 270) não tenha apreço pelo estilo musical, concorda que os grupos de rock são “‘profetas’ da nova geração. [...] Provavelmente a expressão mais vívida e oportuna da rebeldia dos jovens (está) não só nas letras das canções como em todo o estilo gutural e rouquenho do som e da execução.”.

Todavia, é preciso observar essa relação de forma crítica, sob pena de impor ao rock um papel que não lhe cabe. Conforme Mugiatti (1973, p. 19), existe uma mitologia erguida em relação ao rock. Isso pode ser exemplificado pela trajetória de Bob Dylan, que em início de carreira compunha canções aparentemente engajadas, facilmente assimiladas pelo público em razão do desencanto americano que prevalecia na época. Entretanto, a partir de 1964 ele começa a se afastar da política. Bob Dylan, de certa forma, amadurece e começa a questionar a mitologia do rock como revolução em si.

No que se refere ao cenário nacional, Alves (2002, p. 35) afirma:

Foi enquanto mercadoria cultural que [o rock] aportou no Brasil por meio do cinema, que cumpriu importante papel em seu processo de internacionalização, não demorando muito para desencadear práticas culturais. Com grande penetração no país já na época, os filmes hollywoodianos foram os responsáveis pela divulgação dos primeiros ‘rocks’ no país. Sementes da Violência (Blackboard Jungle), filme de 1955, é considerado o primeiro a realizar esta divulgação, pois contava em sua trilha sonora com a canção

Rock Around The Clock do grupo Bill Haley e seus Cometas, um dos destaques do então emergente estilo americano. A rebeldia juvenil contra a sociedade conservadora personificada no cinema em ídolos como James Dean encontrara seu representante musical.

Conforme Alves (2002, p. 36-37), é o sucesso do filme *Sementes da Violência* em território nacional que possibilita a primeira gravação de uma música de *rock and roll* no país. A música *Rock around the clock* de Bill Haley and His Comets, trilha sonora do filme, foi regravaada pela cantora de samba, Nora Ney.

Para Alves (2002, p. 37), a regravação foi uma forma de testar o ritmo que estourava nos Estados Unidos. A recepção foi positiva, e logo as lambretas, topetes e vestidos rodados foram incorporados à cultura jovem brasileira. Tal fato é explicado pelo autor (2002, p. 38-44) como consequência do vínculo econômico entre Estados Unidos e América Latina, especialmente com o início da Guerra-Fria e propagação do *American way of life*. O processo de industrialização do país também gerou mudanças no que se refere às relações de trabalho e tempo livre; o consumo e o lazer passam a ser categorias complementares, de forma que o público jovem é também consumidor da indústria cultural.

Para Chacon (1995, p. 35), a chegada do *rock and roll* no país ocorreu tardiamente e, apesar de alguns nomes terem alcançado relativo sucesso, como Cely Campello, Erasmo Carlos, Renato e seus Blue Caps e mesmo Roberto Carlos, “ninguém vai passar [...] de um nível razoável de composição”. É que segundo o Autor (1995, p. 35) no Brasil, “Não teremos nem hippies, nem violentos na Jovem Guarda; e em pleno ano de 1967, ano do Sgt. Pepper’s, Roberto e Erasmo não ultrapassavam os curtos limites do boyzinho, do carrão, das mil mulheres.”.

Tal fato é explicado por Napolitano (2007, p. 87-94). Na década de 60, o ritmo de grande influência no Brasil era a Música Popular Brasileira (MPB), continuação do ritmo Bossa Nova. Popularizada, sobretudo, pelos programas televisivos, como *O Fino da Bossa*, exibido pela TV Record, e festivais de canções, que revelaram talentos como o próprio Raul Seixas, o ritmo prezava pela valorização do povo brasileiro, tendo o nacionalismo como característica marcante. Em 1966, porém, a Jovem Guarda passa a se apresentar como rival à altura, absorvendo os ritmos do *rock and roll* dos anos 1950 e produzindo o Iê-Iê-Iê, que conquistou a juventude brasileira.

A rivalidade entre os gêneros musicais foi tamanha que representantes da MPB, como Elis Regina, Gilberto Gil e Geraldo Vandré, dentre outros, saíram às ruas em julho de 1967, já no período ditatorial, na passeata que ficou conhecida como passeata contra as

guitarras elétricas, pois o instrumento seria um símbolo do imperialismo americano. No documentário *Uma Noite em 67* (2010), dirigido por Renato Terra e Ricardo Calil, tem-se o depoimento de Caetano Veloso, um dos artistas da MPB, que era contra a rixa entre MPB e Iê-Iê-Iê (28min4seg–28min53seg):

Eu fui contra [a passeata] e a Nara [Leão], ficamos eu e a Nara no hotel Danúbio comentando como isso era uma coisa estranha, terrível e que não deveria estar acontecendo. Aí o negócio passou pela rua e a Nara disse 'Eu tô deprimida. Isso parece uma passeata fascista do Partido Integralista'. E era exatamente o que parecia, entendeu? [...] Pra mim era uma decisão política botar uma guitarra elétrica na música, fazer... pra mim e pra [Gilberto] Gil, fazer as canções com banda de rock, com guitarra elétrica era uma atitude também política e diametralmente oposta à atitude da passeata contra as guitarras elétricas.

Em resposta, Napolitano (2007, p. 98) afirma que “a jovem guarda fez publicar na imprensa o impagável ‘Manifesto do iê-iê-iê contra a onda da inveja’”. O autor (2007, p. 98) cita alguns trechos:

Somos conscientes de que temos feito muito pelos necessitam da nossa ajuda. Não choramos nas nossas canções, não usamos do protesto para impressionar. Se nos decidimos a ajudar, fazemos com ação. A prova disso é um sem-número de shows que temos dado em benefício de instituições várias. Fazer música reclamando a vida do pobre e viver distante dele não é nosso caso. Preferimos cantar para ajudá-los a sorrir e, na hora da necessidade, oferecer-lhes uma ajuda substancial. [...] trata-se de um movimento otimista e não há lugar para derrotados. Observe que os cabeludos são rapazes alegres. Não falamos jamais, nas nossas canções, de tristeza, de dor de cotovelo, de desespero, de fome, de seca, de guerra. [...] Não queremos ganhar festivais nem ser chamados de geniais. Queremos que o povo cante conosco.

Entre os anos de 1967 e 1968, porém, tanto a Jovem Guarda quanto a MPB começam a mostrar sinais de esgotamento, sendo os programas televisivos encerrados. Conforme Napolitano (2007, p. 98), a MPB continuou seus caminhos, reinventando-se, enquanto a Jovem Guarda se diluiu em canções românticas e no brega dos anos 1970. Conforme Chacon (1995, p. 43), é nesta década que o rock ganha alguma expressão no país. Diz o autor:

Aqui, se recomeçava a aceitar o rock como uma opção. Certo, passáramos a primeira metade da década cantando *Apesar de Você* enquanto bolávamos um meio de derrubar a ditadura, mas o fracasso da guerrilha levou a sociedade civil a conquistar direitos de uma maneira menos radical. Por essa brecha entraram Os Mutantes, Raul Seixas e os Secos e Molhados.

Desta forma, importante compreender o que ocorria no cenário político brasileiro dos anos 1970, década na qual o rock começa a ganhar alguma expressão, inclusive a partir da figura de Raul Seixas.

3 O BRASIL DOS ANOS 70

Para entender melhor o clamor pelo direito à liberdade no rock de Raul Seixas, devemos entender o que estava acontecendo no Brasil nos anos 1970, período em que o artista viveu os melhores anos de sua carreira. Esse é o propósito desta seção: apresentar e problematizar o período ditatorial brasileiro, época em que Raul Seixas compôs suas canções sociais.

O período ditatorial brasileiro ocorreu principalmente durante os anos 1970. Fausto (1995) diz que, na época mencionada, o Presidente João Goulart realizou algumas reformas sociais que desagradaram à classe média alta e os setores mais conservadores da sociedade. Assim, de acordo com o autor, os atores políticos de direita passaram a acreditar que somente uma revolução purificaria a democracia, pondo fim à luta de classes, ao poder dos sindicatos e aos perigos do comunismo.

Dessa forma, Carvalho (2008) afirma que em 1964 o General Castelo Branco foi imposto como o novo Presidente da República. Com isso, a ditadura militar começou como um governo transitório, para ser repassado aos civis. Essa perspectiva foi adotada por Castelo Branco e pelos seus apoiantes – os *castelistas*. Mas, mesmo na época, a perspectiva encontrou forte oposição da linha-dura militar, que tinha como principal objetivo remover a ameaça externa (socialismo e comunismo) do país.

O período ditatorial é dividido por Carvalho (2008) em três fases: a primeira fase vai de 1964 a 1968 e corresponde ao Governo de Castelo Branco e ao primeiro ano do Governo do General Costa e Silva. Caracterizou-se por intensa atividade repressiva seguida de sinais de desaceleração. Na economia, foi um período de inflação, com queda acentuada do salário mínimo e pequeno crescimento. Era o domínio dos setores mais liberais das forças armadas, representados pelo General Castelo Branco. No ano de 1968, a economia retomou as altas taxas de crescimento da década de 1950.

Estamos interessados, para os propósitos deste artigo, nos aspectos gerais da segunda fase da ditadura militar (entre 1968 e 1974), durante os quais Raul Seixas desenvolveu canções explícitas sobre o direito à liberdade e outras questões políticas.

Segundo Carvalho (2008), a segunda fase do regime compreende os períodos mais sombrios da história do país, pois foi um período marcado pela repressão dos direitos individuais e políticos. Inclusive, os Presidentes desse período, os Generais Costa e Silva e Médici, pertenciam à linha-dura militar.

Mas, não pensemos que a ditadura não sofreu oposição. Carvalho (2008) afirma que em 1968 o regime militar sofreu duras críticas, principalmente por parte de trabalhadores e estudantes. No entanto, quando a Câmara dos Deputados se recusou a permitir que um de seus membros fosse processado por fazer discurso ofensivo aos militares, o Governo apresentou seu rosto autoritário ao instituir o que seria considerado o mais severo Ato Institucional de qualquer regime: o AI-5. Desde o início da ditadura, a figura dos Atos Institucionais estava presente: eles eram uma maneira de tornar as práticas autoritárias legalmente válidas. Esses atos, emanados dos Chefes do Executivo, tinham força de lei e fizeram grandes modificações políticas e jurídicas.

Entretanto, segundo Carvalho (2008), o Ato Institucional n.º 5 (AI-5) foi o mais radical de todos, pois restringiu os direitos políticos e civis. O Congresso foi fechado e o Presidente, General Costa e Silva, tornou-se um ditador. O direito ao *Habeas Corpus* foi suspenso em caso de crimes contra a segurança nacional e todos os atos decorrentes do AI-5 não estavam sujeitos a revisão judicial.

Simultaneamente a essas mudanças, Carvalho (2008) afirma que os mandatos políticos foram anulados e vários Deputados e Vereadores perderam seus direitos políticos⁵. Em 1969, no entanto, o Presidente Costa e Silva faleceu e seu Vice, Pedro Aleixo, foi impedido de assumir. Para Fausto (1995), o impedimento pode ser explicado pelo fato de que Pedro Aleixo não era militar e, além disso, se opunha abertamente ao AI-5.

Assim, um grupo militar (junta) substituiu Costa e Silva, provisoriamente, até que o General Médici assumisse a Presidência em outubro de 1969, concedendo uma nova Constituição. Segundo Carvalho (2008), o General Médici utilizou muitas medidas repressivas. Uma nova Lei de Segurança Nacional foi introduzida, incluindo a pena de morte por pelotão de fuzilamento.

No início de 1970, a censura prévia foi introduzida em jornais, livros e outros meios de comunicação. Isso significava que a publicação ou programa de rádio ou televisão deveriam

⁵ É importante mencionar, sobre Direitos Civis e Políticos, que, apesar da adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pelas Nações Unidas e Estados-membros, pela Resolução 2.200-A (XX), em 16 de dezembro de 1966, o Brasil somente ratificou em 24 de janeiro de 1992, muito depois do fim da ditadura militar. No Brasil, o Pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n.º 592/1992. O mesmo ocorreu com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado somente pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 (aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgada pelo Decreto n.º 591/1992).

ser submetidas aos censores do Governo antes de serem levadas ao público. Jornais, rádios e televisões foram obrigados a conviver com a presença do censor, e muitas vezes o Governo emitiu instruções sobre assuntos que não podiam ser mencionados.

Além da repressão do período, Fausto (1995) identifica a propaganda política como uma das armas mais eficazes usadas por Médici para o controle do comportamento populacional. Neste momento, a TV Globo se tornou referência no setor de telecomunicações, atuando, acima de tudo, como porta-voz do Governo. Como a oposição legal não foi permitida até 1974, houve um confronto comum entre os guerrilheiros esquerdistas e os militares. Sequestros, ataques, prisões arbitrárias e tortura aconteceram.

Nesse contexto, o direito à liberdade individual, tão valorizado por Raul Seixas, era inexistente. Segundo Carvalho (2008), a censura da imprensa eliminou a liberdade de opinião; não havia liberdade de reunião; os partidos eram regulamentados e controlados pelo Governo; os sindicatos estavam sob constante ameaça de intervenção; greves foram proibidas; o direito de defesa foi restringido por detenções arbitrárias; a Justiça Militar julgou crimes civis; a inviolabilidade do lar e da correspondência eram inexistentes; a integridade física foi violada pela tortura nas prisões do Governo. Enfim, o próprio direito à vida foi desrespeitado.

Foram anos de medo, em que os órgãos de informação e segurança agiram sem qualquer controle. Apesar de tudo isso, Carvalho (2008) afirma que o Governo Médici gozava de popularidade. Esse fato é explicado pelo chamado milagre econômico que, conforme Fausto (1995) se estendeu de 1969 a 1973, combinando o crescimento econômico extraordinário com taxas de inflação relativamente baixas. O Produto Interno Bruto (PIB) cresceu a uma média anual de 11,2%, atingindo o pico em 1973, com um aumento de 13%. A inflação média anual não ultrapassou 18%. Isso realmente parecia um milagre.

Só que o fenômeno tinha uma explicação terrena e não poderia durar indefinidamente. Para Fausto (1995), as fraquezas do milagre foram: (a) dependência excessiva do sistema financeiro e do comércio internacional; e (b) necessidade crescente de confiar em certos produtos importados, dos quais o óleo era o mais importante. Essas vulnerabilidades vieram à tona em 1973, quando a comunidade internacional sofreu com a crise do petróleo, cujas consequências foram sentidas pelo Brasil. Além disso, Fausto (1995) explica que o milagre teve como aspecto negativo o fato de contribuir para a desigualdade social, uma vez que a expansão da indústria favoreceu principalmente as classes média e alta. Houve também uma grande desproporção entre o progresso econômico e social, e o Brasil apareceu com indicadores baixos em relação à qualidade de vida de seus habitantes.

No entanto, segundo Carvalho (2008), o milagre econômico aliado à vitória da seleção brasileira de futebol no México, despertou na população um sentimento de exaltação patriótica e nacionalismo xenófobo e reacionário. Médici não conseguiu indicar um sucessor linha-dura. Então, os militares escolheram o General Ernesto Geisel para assumir a Presidência. Tal candidato era simpático às ideias de Castelo Branco e, segundo Fausto (1995), pretendia criar uma abertura política lenta, gradual e segura, pois o poder tomado pelos órgãos repressores, produziu reflexos negativos na hierarquia das Forças Armadas. Um Oficial de baixo escalão poderia controlar informações, decidir sobre a vida ou a morte de pessoas de acordo com sua inserção no aparato repressivo, sem que seu superior hierárquico pudesse contradizê-lo. As funções básicas e os princípios das Forças Armadas foram assim distorcidos, trazendo riscos para a integridade da corporação militar. A fim de restaurar a hierarquia, era necessário neutralizar a linha-dura, retardar a repressão e ordenadamente, promover o retorno dos militares aos quartéis. Por outro lado, lembremos que a *democracia relativa* foi uma meta buscada pelo grupo castelista desde 1964.

Dessa forma, Carvalho (2008) aponta 1974 como o ano inicial de abertura política, já que é o ano em que as restrições à propaganda eleitoral diminuem. Segundo Carvalho (2008), em 1973, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) assumiu uma oposição aberta contra o governo ditatorial, embora muitos advogados e juristas continuassem a apoiá-lo. Carvalho (2008) entende essa oposição com base no interesse profissional, já que o AI-5 excluiu da revisão judicial os atos praticados de acordo com suas disposições. Intervenções no Judiciário também desmoralizaram a Justiça como um todo; os Juízes foram diretamente atingidos, mas indiretamente também os advogados foram prejudicados.

Esse interesse, no entanto, não foi único e Carvalho (2008) aponta para a crença nos Direitos Humanos, tema da 5.^a Conferência Anual da OAB, como um fator que tornaria a Ordem uma das mais importantes defensoras dos direitos humanos.

Em relação à cultura no Brasil da década de 1970, Ridenti (2009) afirma que o Governo Geisel, de 1974, soube dar lugar aos intelectuais e artistas da oposição. Ao contrário dos confrontos entre artistas e o Governo de Médici, o Governo Geisel estimulou um crescimento real das telecomunicações, que resultou na criação de uma indústria cultural, não só televisiva, mas também fonográfica, editorial, agências de publicidade, etc. Esse fato, no entanto, não impediu a censura de agir repressivamente, limitando a circulação de obras que foram entendidas como inadequadas.

Para Ridenti (2009), esse incentivo às produções culturais foi uma tentativa bem sucedida de absorver os oponentes do regime militar, diluindo a contestação artística que produziram na lógica mercantil.

No que se refere especificamente à música, Severiano (2008) afirma que nos anos 1970 há uma expansão dos regionalismos musicais, em um nível nunca antes visto. Vários artistas nordestinos (como Alceu Valença), mineiros (como Beto Guedes) e gaúchos (como Kleiton e Kledir), dentre outros, são apontados como os maiores sucessos da época. Além disso, *soul music*, samba, choro e brega são apontados como estilos musicais predominantes.

Ainda não era a década do rock brasileiro, como Severiano explica (2008): apenas as estrelas de Raul Seixas, Rita Lee, Erasmo Carlos e do trio Secos & Molhados pareciam brilhar. Note-se que os quatro artistas de rock mais populares dos anos 70 têm a contestação e rebelião⁶ como características importantes: Erasmo Carlos provoca polêmica com a música *Maria Joana*, cujo tema principal é uma apologia à *maconha*⁷; Secos & Molhados usaram os diferentes apelos visuais para se destacar, além de fazer fortes críticas à opressão em canções como *Sangue Latino*⁸, e Rita Lee faz fortes críticas à cena musical da época, em a música *Arrombaram a Festa*.

Apesar da ausência de um forte movimento no rock brasileiro, Raul e outros artistas introduziram o ritmo, que será popularizado nos anos 80. Agora nos voltamos para as peculiaridades de Raul Seixas e seu clamor por um direito à liberdade.

4 O DIREITO A LIBERDADE NA SOCIEDADE ALTERNATIVA DE RAUL SEIXAS

Raul Seixas nasceu em Salvador, em 28 de junho de 1945, filho de uma família de classe média. Seu fascínio pela Literatura e Filosofia e seu interesse em questões metafísicas e filosóficas fundamentaram toda a sua carreira musical. Durante certo período da vida de Raul, ele percebeu a música como secundária, quando finalmente entrou em contato com o *rock and roll*, através de seus vizinhos americanos, descobriu que poderia deixar uma mensagem para o mundo a partir desse veículo. Em uma entrevista, ele comenta que viu a literatura como uma coisa muito difícil de se fazer aqui, de comunicar tão rápido quanto a música (SEIXAS, 1990, p. 87).

⁶ A crítica social, na época, também foi ocultada por meio de signos linguísticos ambíguos, como no caso específico da canção *Debaixo dos Caracóis de Seus Cabelos*, de Roberto Carlos, dedicada ao exílio ditatorial do músico Caetano Veloso.

⁷ Trecho da música: “Eu quero Maria Joana / Eu quero Maria Joana / Eu sei (eu sei) / Que na vida tudo passa / O amor (o amor) / Vem como nuvem de fumaça (fumaça)”.

⁸ Trecho da música: “Minha vida, meus mortos / Meus caminhos tortos / Meu Sangue Latino / Minh’alma cativa”.

Para ele, o rock era muito mais que uma dança, pois estava diretamente ligado ao comportamento (BAHIANA, 1990, p. 14) e rapidamente explica a razão para tal admiração: o que o pegou não foi apenas a música; foi todo o comportamento rock. Porque antes, as crianças não eram crianças, elas seguiam um padrão adulto, a imitação de um pequeno homem sem identidade. Quando Bill Halley chegou com *Rock Around the Clock* (a música do filme *Sementes de Violência*), foi uma loucura: Raul e alguns amigos quebraram o cinema inteiro, pois se sentiam mais livres. O rock apareceu como uma rota de escape: era a vez de ele falar. Na época, ele achava que os jovens iriam conquistar o mundo (BAHIANA, 1990, p. 14).

O desejo de ser escritor nunca foi abandonado por Raul, mas seu desempenho na escola não foi dos melhores. A escola não lhe dizia nada que ele quisesse saber; tudo o que ele aprendeu foi em livros, em casa ou na rua (BAHIANA, 1990, p. 15).

Apesar disso, Raul tinha uma grande necessidade de falar sobre vários assuntos. Essa necessidade foi amenizada pela criação da banda *Relâmpagos do Rock*, posteriormente batizada de *The Panters* e, finalmente, *Os Panteras*. Segundo Raul, o grupo durou oito anos. No começo, eles pagavam para aparecer na TV e apresentavam suas músicas como *música de cowboy* (BAHIANA, 1990, p. 19). Além de se apresentar na TV local, a banda ganhou prestígio no cenário baiano, sendo considerado o conjunto mais caro da cidade de Salvador e até dividindo o palco com estrelas da Jovem Guarda (os primeiros artistas do *rock and roll* no Brasil), como Roberto Carlos e Wanderléa.

É interessante destacar que, ao fazer da música uma forma de comunicação para transmitir suas mensagens, Raul tratava de temas como a teoria de Freud no meio de seus shows com Os Panteras. Para ele, era incrível falar de ego e superego para as pessoas; se ele não estivesse em cima do palco, certamente seria um professor (BAHIANA, 1990, p. 20).

Embora educado e interessado em assuntos como Filosofia e Psicologia, ele não integrou o ambiente acadêmico - o que não o impediu de desenvolver suas ideias. Através de suas músicas, Raul conseguiu problematizar e realizar fortes críticas à sociedade. Se os acadêmicos publicam livros e artigos científicos, Raul Seixas tinha suas letras, melodias e *performances*, às vezes ainda mais marcantes e certamente com maior alcance na população. Mauro (1990) registra as palavras do artista, depois de já ter sucesso musicalmente: Raul costumava falar que ele, que estudou História, Filosofia, Literatura, Latim, tinha algo a dizer. Ele não traz uma coisa imposta, um rótulo – ele não estava enrolando. Ele enfatiza que tinha uma base sólida para suas ações, porque ele leu diversos tratados. Sua intenção era mostrar que ele fazia pesquisa para dizer o que dizia.

Raul precisava legitimar seu trabalho como resultado de pesquisa e não mero acaso. Para ele, não se tratava apenas de comunicar seus sentimentos, mas de comunicar uma mensagem crítica e clara da sociedade de seu tempo. Essa necessidade de legitimar sua mensagem nos faz lembrar a discussão entre arte e cultura de massa: é como se apenas um tipo de artefato cultural merecesse importância. No entanto, em entrevista, é o próprio Raul que irá rever essa atitude simplista em uma entrevista para uma emissora de rádio na cidade de *Joaçaba*, Santa Catarina, em 1976⁹, às 3h51min, dizendo que a arte é o espelho social de uma era, porque o que um cantor faz reflete o momento social em que ele está inserido.

É importante ressaltar que, antes de se lançar como cantor, Raul Seixas conheceu aquele que se tornaria um de seus vários sócios compositores, Paulo Coelho. Seu irmão Plínio, no documentário *O início, o fim e o meio* (25min14seg), relata que os dois não se encontraram: na verdade, Raul é quem foi atrás de Paulo. O motivo dessa busca foi um artigo sobre discos voadores, escrito por Paulo na revista *A Pomba*, que muito intrigou Raul. A partir desse contato inicial, os dois começaram a se relacionar e a travar uma amizade turbulenta. O mais famoso parceiro de composição de Raul, Paulo Coelho comenta sobre o processo de composição dos dois, no documento de vídeo *Volume 02*¹⁰ (7min), dizendo que Raul foi muito importante para ele, porque o ensinou a escrever.

Se, por um lado Raul ensinou Paulo a transmitir suas mensagens de maneira fácil e acessível ao público em geral, por outro lado, Paulo apresentou a Raul algo que, juntamente com suas leituras filosóficas e políticas, seria um elemento presente em todo o seu trabalho de vida: o ocultismo, especialmente a *Lei de Thelema*, filosofia esotérica criada por Aleister Crowley, famoso mago inglês. Segundo Lima (2007), o cantor afirmou ser anarquista como Proudhon, e ao mesmo tempo, adorar Aleister Crowley.

Através de Paulo, Raul entrou em contato com Marcelo Motta, principal promotor das ideias de Crowley no Brasil, tornando-se parte da *Astrum Argentum* (Estrela de Prata em latim, mais conhecida como A. · .A), uma sociedade criada por Crowley e parte da *Ordo Templi Orientis* (Ordem do Templo do Oriente, em latim, mais conhecida como O.T.O.), uma sociedade reformulada pelo mesmo mago, também baseada nos princípios telêmicos. Segundo Lima (2007, p. 36), Raul atingiu o posto de neófito em ambas as sociedades.

⁹ Disponível em: <<http://migre.me/SHS7d>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

¹⁰ Trata-se de uma coleção de treze vídeos editados pelo fã-clube oficial de Raul Seixas. Disponível em: <<http://migre.me/SHT4w>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Foi a partir dos ensinamentos de Crowley que Raul concebeu a ideia de Direito com base na liberdade individual. Segundo a O.T.O., mais do que um postulado religioso, a Lei de Thelema pode ser vista como uma filosofia, uma proposta social ou a soma de tudo isso. De acordo com A. .A¹¹, Thelema significa vontade, em grego, o que explica os axiomas que o resumem: *faça o que tu queres, há de ser toda a Lei e o amor é a lei, mas amor sob vontade*.

Segundo a O.T.O., essa pregação pela Lei de Thelema está longe de estar ligada a simples desejos e caprichos humanos: pelo contrário, refere-se à estrita missão de descobrir e realizar a verdadeira natureza humana, que é equivalente à divindade dentro de cada indivíduo.

A valorização de cada indivíduo é também evidente nos axiomas, *todo homem e toda mulher é uma estrela e não há Deus senão o homem*, no sentido de valorizar a apreciação e respeito por cada indivíduo como uma única divindade, cujo dever é realizar sua verdadeira vontade. É interessante notar que o sistema Thelêmico tem sua própria declaração de direitos humanos, escrita no ano de 1941 por Crowley, a fim de tornar sua filosofia mais acessível. Essa declaração começou a ser lida por Raul em seus shows, quando ele cantava a música *Sociedade Alternativa*, uma canção inspirada nos princípios thelêmicos.

É necessário levar em conta, no entanto, a advertência de Lima (2007): Raul era um agnóstico que estava apenas curioso sobre os ensinamentos ocultos; ele ressignifica as doutrinas de Crowley, dando-lhes dimensão social e política, como se percebeu, por exemplo, na música *Sociedade Alternativa* (p. 49).

Presente no álbum mais vendido do cantor, *Gita*, lançado em 1974, a música *Sociedade Alternativa* marca uma transição. Segundo Rada Neto (2012, p. 248), desde 1973 Paulo Coelho e Raul Seixas afirmaram estar envolvidos na criação de um movimento capaz de fornecer novos valores comportamentais e ajudar na libertação das pessoas. Sua proposta incluía a transformação radical da sociedade, incluindo seu modo tradicional de pensar e explicar o mundo. E sua principal arma de combate era o uso sistemático da ironia.

Assim, antes do lançamento de *Gita*, Raul e Paulo sintetizaram essas ideias em um manifesto cômico chamado *A Fundação de Krig-Ha*, material que foi distribuído durante os shows. Segundo Rada Neto (2012, p. 248-254), o quadrinho é permeado de simbologias

¹¹ Disponível em: <<http://migre.me/sHSLb>> Acesso em: 15 jan. 2016.

esotéricas e religiosas, convocando as pessoas, não para instituir um novo governo, mas para combater todas as formas de opressão.

Ao mesmo tempo, Rada Neto (2012) nos conta que Paulo Coelho escreve em maio de 1974 um artigo para a *Revista Planeta*, intitulado *As Sociedades Alternativas*, no qual ele afirma que ele, Raul e suas mulheres criaram em setembro de 1973, a *Sociedade Alternativa no Brasil*, com 3.000 membros (RADA NETO, 2012, p. 256-257).

Além disso, Raul tenta legitimar essa chamada sociedade alternativa, ligando-a a nomes como John Lennon, cujo envolvimento com Raul nunca foi provado. Algum tempo depois, Raul muda sua perspectiva sobre a Sociedade Alternativa: ele advertiu que não se tratava de um clube ou um partido político, mas uma ideia (SEIXAS, 1996, p. 22).

No entanto, em 1974, essas ideias desagradaram o Governo Militar, que não apenas apreendeu todas as histórias em quadrinhos, mas também aprisionou e interrogou Paulo Coelho e Raul Seixas¹². Com medo, eles optaram por um autoexílio¹³ nos Estados Unidos.

De lá, voltarão alguns meses depois, em julho de 1974, graças às vendas bem-sucedidas do disco *Gita*, que havia sido lançado antes do exílio. De acordo com Raul, o pessoal do Consulado Brasileiro veio à sua casa para dizer que *Gita* estava fazendo o maior sucesso e que ele precisava voltar ao Brasil como patrimônio nacional (SEIXAS, 1996, p. 22).

É em *Gita*, no qual a maioria das músicas também é assinada por Paulo Coelho, que está gravada a música *Sociedade Alternativa*, mais um fruto da parceria de ambos. Para Frans (2000, p. 104), o disco trouxe as investigações de dois artistas envolvidos com estudos esotéricos e preocupados com a construção da utopia de ambos – a Sociedade Alternativa.

¹² Sobre isso, é necessário fazer algumas considerações. Rada Neto (2012, p. 260) afirma que apesar de ter encontrado documentos comprovando que Raul havia sido chamado para depor, ele não encontrou a transcrição desses depoimentos. Afirma também que não há provas de que Raul tenha sido preso, embora tenha tido sua residência revistada e sofrido assaltos. Quanto a Paulo e Adalgisa, o autor (2012, p. 263) conseguiu localizar a transcrição dos depoimentos de cada um, bem como as fichas de controle, segundo as quais os dois eram militantes de partidos de esquerda.

¹³ Esse assunto também está cercado de controvérsias, já que, em várias entrevistas, Raul afirma que foi convidado a deixar o país, isto é, exilado. No entanto, Rada Neto (2012, p. 259) transcreve o discurso de Roberto Menescal, afirmando que não houve exílio imposto, mas sim problemas diante dos quais Raul e Paulo decidiram deixar o país.

A música *Sociedade Alternativa*, cujo tema principal é uma síntese dos preceitos teológicos, acolhe a vinda de uma nova era e afirma o direito à liberdade como lei primordial. Marcado pela bateria acentuada, este rock acelerado traz citações diretas de passagens do *Liber AL vel Legis*, *O Livro da Lei*, um trabalho crucial da doutrina Thelêmica, bem como referências a Crowley.

A primeira dessas referências são os versos “Faça o que tu queres, há de ser toda a Lei”, que aparece no capítulo 1, versículo 40. Ao cantá-los, a música para de repente, de modo que a voz é realçada, dando maior destaque a essa mensagem que é o núcleo do pensamento thelêmico: descobrir e realizar sua verdadeira vontade. Porém, mais do que isso, entendemos que Raul, nessa música, também convida os indivíduos a realizarem seus desejos, por mais incomuns que sejam, sem medo de repressão. Esse fato é fornecido pelos versos “Se eu quero e você quer / Tomar banho de chapéu / Ou esperar Papai Noel / Ou discutir Carlos Gardel / Então vá! / Faça o que tu queres / Pois é tudo da Lei!”.

Em outro momento da canção, os seguintes versos aparecem: “Todo homem e toda mulher é uma estrela”, que também estão presentes no *Livro da Lei* (Capítulo 1, versículo 3). Esses versos não são cantados, mas falados: ou melhor, gritados. Essa é uma referência à valorização do humano. No sistema thelêmico, cada indivíduo é uma divindade, um universo, uma estrela própria. Todos devem ser valorizados como tal. Ao cantar esses versos, Raul reitera essa visão thelêmica da liberdade individual.

Há na canção uma menção a Crowley e seus postulados nos versos gritados: “– O número 666 / chama-se Aleister Crowley” e “– Lei de Thelema”. Crowley adotou o número 666 e a nomenclatura *A Grande Besta*, como forma de se contrapor aos valores conservadores de seu tempo. A *Lei de Thelema* não é outra senão a *Lei da Vontade*: “Faça o que tu queres”.

A última citação direta está presente nos versos, também gritados: “– A Lei do forte / Essa é a nossa lei / E alegria do mundo”, uma referência ao capítulo 2, versículo 21 do *Livro da Lei*: “esta é a lei do forte: esta é a nossa lei e a alegria do mundo”. Esse é um aviso claro para o fato de que a *Lei de Thelema* é feita apenas para poucos, para os fortes. Também entendemos que a Lei da Sociedade Alternativa de Raul é voltada apenas para pessoas não conformistas e de mente aberta.

Assim, com a clara influência thelêmica, Paulo Coelho e Raul Seixas representam, na *Sociedade Alternativa*, um direito extraterrestre: um direito metafísico, segundo o qual a única lei seria a liberdade. Podemos observar a transposição que Raul e seu parceiro

fazem da Lei de Thelema para a música. Baseada na dualidade da sociedade repressiva *versus* sociedade alternativa, a ideia de ter uma alternativa à opressão e imposição à individualidade humana, uma vez confinada a um círculo ocultista hermético e disponível apenas aos iniciados, é ressignificada, mesclada a outros elementos e assim acessível ao público através da mídia.

No que diz respeito aos parâmetros musicais e à escuta, é uma música que a qualquer momento evoca o sentimento de protesto; as paradas estratégicas na melodia e os versos gritados acentuam a mensagem principal da canção, isto é, a propagação de um direito à liberdade. O desempenho de Raul também se encaixa perfeitamente nesse cenário: em seus shows, no final da música, ele se retirava do palco e retornava com um papel, no qual estava escrito o *Liber Oz*, a declaração dos direitos thelêmicos.

A leitura de *Liber Oz* reforça a ideia de inconformismo e a necessidade de lutar pela liberdade não apenas política, mas também moral e social. Parece possível perceber, portanto, o uso do espaço de Raul na mídia para desafiar e reivindicar o direito à liberdade, retirado pela ditadura.

Quanto à recepção, a música foi considerada um verdadeiro hino de contestação, embora não tenha sido criada com essa intenção específica. Buda (2000), por exemplo, afirma que durante uma greve no ABC paulista, os grevistas cantaram justamente a música *Sociedade Alternativa*. Além disso, o autor também revela o desejo do candidato presidencial Luís Inácio Lula da Silva, anos depois, de regravar a canção como um *jingle* de campanha na voz de um *cover* de Raul (BUDA, 2000, p. 33). Buda teria lhe explicado os ideais anárquicos de Raul presentes na canção, que não foi regravada como *jingle* justamente por essa razão.

Com os ideais da *Sociedade Alternativa*, Raul Seixas ocupou um espaço polarizado, cantando abertamente contra o regime ditatorial estabelecido. Inspirado pela *Lei de Thelema* e transpondo-a para a situação política no Brasil, o cantor conseguiu mobilizar e conscientizar seus fãs e admiradores sobre a importância do pleno direito à liberdade. O fato de ter ganhado quatro discos de ouro em sua carreira sugere muito a aceitação de Raul pelo público. Teixeira (2008, p. 112-173, *passim*) analisa em profundidade a questão da recepção do trabalho do cantor, identificando a existência de diversos leques e redes de sociabilidade criadas para discutir informações sobre o artista.

Tudo isso parece levar a crer que, em termos de recepção, Raul não foi apenas bem aceito pelo público popular, mas também permaneceu presente no cenário musical brasileiro

mesmo após sua morte: o desfile anual realizado em São Paulo pelos fãs na data de sua morte¹⁴; os concertos anuais em que vários artistas interpretam suas canções; os vários *covers*¹⁵, todos são elementos que apontam para uma permanência e valorização da figura do cantor, sugerindo que a mensagem do direito à liberdade e a busca por uma *Sociedade Alternativa* ainda permanecem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da dimensão estética, a arte é uma forma de comunicação. Como afirmou Raul, “a arte é o espelho social de uma época, de um momento.” (PASSOS, 1990, p. 107). Partindo dessa mesma premissa, várias áreas do conhecimento já se propuseram a identificar e analisar a conexão entre as produções culturais, eruditas ou populares, e a sociedade em que surgiram. Dessa forma, chegaram à conclusão de que essas produções não são neutras e, ao mesmo tempo, influenciam e são influenciadas pelas opiniões e pensamentos das pessoas.

Esse fato não é diferente em relação à música. Inicialmente concebido como um ritmo jovem, o rock logo se tornou um movimento: artistas como The Beatles e Bob Dylan influenciaram toda uma geração com suas palavras e letras de contestação e necessidade de mudança. Embora o rock não seja visto como uma revolução em si, ele trouxe opiniões diferentes sobre assuntos comuns. Nesse sentido, o rock se tornou uma interessante fonte de análise para entender as rupturas da sociedade.

Nos estudos jurídicos, a conexão entre Direito e Música é uma abordagem pouco explorada. Diante desse panorama, este artigo buscou estabelecer uma conexão entre o Direito e o rock, bem como demonstrar como as músicas podem ser utilizadas como forma de reivindicação de direitos, relacionando a música e o artista ao seu contexto, como o exemplo de Raul Seixas e sua *Sociedade Alternativa*.

Depois de esclarecer as razões pelas quais o rock pode ser considerado uma valiosa fonte de estudos e contextualizar o período em que o nosso exemplo foi definido, procuramos realizar uma análise ampla, utilizando entrevistas, apresentações e a música *Sociedade Alternativa*.

¹⁴ Mais informações em: <<http://migre.me/sHW6d>>. Acesso em: 15 de jan. 2016.

¹⁵ Este é o projeto chamado *O Baú do Raul*. Mais informações em: <<http://migre.me/sHW7U>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Influenciado pelo misticismo de Crowley e pelo anarquismo contracultural e se opondo a todas as formas de opressão, Raul Seixas defende a eficácia de um direito metafísico. Baseado na *Lei de Thelema* de Crowley, dando-lhe uma nova interpretação e significado, Raul pede o direito de fazer o que quiser, quando e como quiser. Assim, usando essa ideia de direito à liberdade, Raul contrasta a *Sociedade Alternativa* com a sociedade ditatorial e conservadora do Brasil dos anos 70.

REFERÊNCIAS

ABAD, Manuel D. Las conciencias del rock: un largo trayecto del inconformismo a la integración. In: *Ábaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, Madrid, Centro de Iniciativas Culturales y Estudios Economicos y Sociales (CICESS), 2.^a Epoca, n. 9-10, (1996). p. 111-118.

ALVES, Luciano. Flores no deserto: a Legião Urbana em seu próprio tempo. 2002. 151 f. Dissertação (Mestrado em História)– Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2002. Disponível em: <<http://migre.me/sINlj>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

BAHIANA, Ana Maria. Eu em noites de sol. In: PASSOS, Sílvio (Org.). **Raul Seixas por ele mesmo**. São Paulo: Martin Claret, 1990. p. 11-39.

BOSCATO, Luiz Alberto de Lima. Vivendo a Sociedade Alternativa: Raul Seixas no panorama da contracultura jovem. 2006. 258 f. Tese (Doutorado em História)– Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://migre.me/sINvu>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

BUDA, Toninho. Os movimentos alternativos. In: PASSOS, Sylvio (Org.). **Raul Seixas: uma antologia**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2000. p. 22.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Salo de. Das subculturas desviantes ao tribalismo urbano (itinerários da criminologia cultural através do movimento punk). In: LINCK, José Antônio Gerzson et al. **Criminologia cultural e rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149-223.

CARVALHO, Walter. **Raul: o início, o fim e o meio**. 2012. 100 min.

CHACON, Paulo. **O que é rock?** São Paulo: Brasiliense, 1995. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/53906055/O-Que-e-Rock-Paulo-Chacon>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

COLI, Jorge. **O que é arte?** São Paulo: Brasiliense, 1995.

COSTA, Marisa Vorraber; SILVEIRA, Rosa Hessel; SOMMER, Luis Henrique. Estudos culturais, educação e pedagogia. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, n. 23, p. 36-61, ago. 2003. Disponível em: <<http://migre.me/rZpQm>>. Acesso em: 1.º nov. 2015.

CROWLEY, Aleister. Liber al vel legis: o livro da lei. Disponível em: <<http://migre.me/sINAN>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

ESCOSTEGUY, Ana Carolina. Os estudos culturais. In: HOHLFELD, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 151-170. Disponível em: <<http://migre.me/sINFa>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

ESSINGER, Sílvio. **O baú do Raul revirado**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1995.

FERREIRA, Bianca Márcia. A sociologia de Raul Seixas: a arte como espelho social de sua época. 96 f. 2013. Dissertação (Mestrado em Sociologia)– Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2013. Disponível em: <<http://migre.me/sINFX>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

FRANS, Elton. **Raul Seixas: a história que não foi contada**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2000.

GRUBBA, Leilane Serratine; OLIVEIRA, Amanda Muniz. Por um direito à liberdade: Raul Seixas e a sociedade alternativa. In: **Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, Ed. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF), v. 4, n. 7, p. 61-86, 2017.

KELLNER, Douglas. **A cultura da mídia: estudos culturais, identidade e política entre o moderno e o pós-moderno**. Bauru, SP: Edusc, 2001.

LIMA, Luiz. **Vivendo a sociedade alternativa**: Raul Seixas no seu tempo. São Paulo: Terceira Margem, 2007.

MAGNON, Xavier. La vision de la justice dans les chansons de Bob Dylan (1962-2001). In: MASTOR, Wanda; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; MARCHADIER, Fabien (Org.). **Droit et rock**. Paris: Dalloz, 2011. p. 65-78.

MAURO, André. O último anarquista. In: PASSOS, Sílvio (Org.). **Raul Seixas por ele mesmo**. São Paulo: Martin Claret, 1990. p. 41-61.

MUGIATTI, Roberto. **Rock, o grito e o mito**: a música pop como forma de comunicação e contracultura. Petrópolis: Vozes, 1973.

NAPOLITANO, Marcos. **A síncope das ideias**: a questão da tradição na música popular brasileira. São Paulo: Perseu Abramo, 2007.

OLIVEIRA, Amanda Muniz. Faça o que tu queres, pois é tudo da lei: representações do direito no rock de Raul Seixas a partir dos estudos de Douglas Kellner. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Muniz; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Let me sing my *rock and roll*: notas sobre direito, rock e sociedade. In: Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, Ed. Unilasalle, v. 6, n. 1, maio 2018. p. 11-31. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3408/pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

ORTIZ, Renato. Estudos culturais. Tempo Social, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 119-127, junho 2004. Disponível em: <<http://migre.me/rZpU0>>. Acesso em: 1.º nov. 2015.

PEARCE, Russell G., DANITZ, Brian; LEACH, Romelia S. Revitalizing the lawyer-poet: what lawyers can learn from rock and roll. In: Widener Law Journal, volume 14, 2005, p. 907-922. Disponível: <<http://migre.me/skHxi>> Acesso em: 7 dez. 2015.

RADA NETO, José. As aventuras de Raul Seixas no campo musical: trajetória artística e relações com a indústria fonográfica (1967-1974). 2012. 347 f. Dissertação

(Mestrado em Sociologia Política)– Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<http://migre.me/sINsa>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

RAUL SEIXAS. Só pra variar. In: **Abre-te sésamo**. Sony Music Entertainment, 1980. Faixa 5. CD.

RAUL SEIXAS. Sociedade Alternativa. In: **Gita**. Philips, 1974. Faixa 7. CD.

RIDENTI, Marcelo. Cultura e política: os anos 1960-1970 e sua herança. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **O Brasil republicano: o tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 135-166.

ROSZAK, Theodore. **A contracultura**. Tradução de Donaldson M. Garschagen. Petrópolis: Vozes, 1972.

SCHWARTZ, Germano. **Direito & rock: o BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book não paginado.

SEIXAS, Kika (Org.). **Raul Rock Seixas**. São Paulo: Globo, 1996.

SEIXAS, Raul. Krig-Ha, Bandolo! (O Grito de Guerra). In: PASSOS, Sylvio (Org.). **Raul Seixas por ele mesmo**. São Paulo: Martin Claret, 1990. p. 7-10.

SEVERIANO, Jairo. **Uma história da música popular brasileira: das origens à modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2008.

SOUZA, Tárík de (Org.). **Baú do Raul**. São Paulo: Globo, 1992.

TEIXEIRA, Rosana Câmara. **Krig-ha, bandolo!:** cuidado, aí vem Raul Seixas! Rio de Janeiro: Ed.7 Letras, 2008.

TERRA, Renato; CALIL, Ricardo, ACCIOLY, Beth. Uma noite em 67. [Filme-vídeo]. Produção de Beth Accioly. Direção de Renato Terra e Ricardo Calil. Record Entretenimento. 2010, 93 min. Color. Son. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FOsXaaW4Pkk>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

THOMPSON, John. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998.

UEHLEIN, Joel. Na overture into the future: the music of social justice. In: **New Labor Forum**, n. 9. Los Angeles, Ed. Sage, n. 9, p. 24-34, 2001.

Submissão em: 5 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 2 setembro 2018

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç ã O

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.

6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. *Lua Nova*, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>

scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.

