

Beatriz Souza Costa  
José Antonio Moreno Molina  
Roberto Correira da Silva Gomes Caldas  
(Coords.)

# **Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**



Ediciones de la Universidad  
de Castilla-La Mancha



**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA  
Y LA UNIÓN EUROPEA:  
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**



**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA  
Y LA UNIÓN EUROPEA:  
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

Beatriz Souza Costa

José Antonio Moreno Molina

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

(Coords.)



Ediciones de la Universidad  
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2021

© de los textos: sus autores.  
© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Colección JORNADAS Y CONGRESOS n.º 28

Imagen de cubierta: Jason Leung on Unsplash



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

ISBN: 978-84-9044-427-6

D.O.I.: [http://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.00](http://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.00)

Composición: Compobell

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*

Colaboran:



INTEGRAÇÃO,  
ESTADO E  
GOVERNANÇA



CENTRO DE EXCELÊNCIA  
JEAN MONNET



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



Centro de Estudios Europeos  
Luis Ortega Álvarez



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons CC BY 4.0.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons CC BY 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

## Índice

A atuação dos entes subnacionais no processo de integração regional: a paradiplomacia. <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima</i> .....	17
A atuação socio ambiental das empresas transnacionais na ótica dos direitos humanos. <i>Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel Dezem</i> .....	35
Avances hacia el derecho global de la contratación pública. <i>José Antonio Moreno Molina</i> .....	53
Compliance tributario y contratación pública en España. <i>Pedro José Carrasco Parrilla</i> .....	63
El Constitucionalismo Subnacional en los Estados federales. <i>José Adércio Leite Sampaio</i> .....	93
El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. <i>Dr. Francisco Puerta Seguido</i> .....	115
La economía circular: hacia el completo desarrollo del crecimiento sostenible en Unión Europea. <i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i> .....	135
la	
L'application du principe de precaution par l'arbitre du mercosur. <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i> .....	147
La protección del patrimonio cultural inmaterial in Brasil: la fiesta de la vaquejada. <i>Beatriz Souza Costa</i> .....	159

Los biocarburantes como alternativa energética en el contexto de la Unión Europea y de Brasil. <i>Daniel Amin Ferraz e Izabel Rigo Portocarrero</i> .....	175
O papel dos programas de ação ambiental para o aperfeiçoamento do espaço ambiental comum europeu. <i>Jamile Bergamaschine Mata Diz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Bruna Pirfo Lima Fontes</i> .....	187
O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil. <i>Rubens Beçak e Guilherme de Siqueira Castro</i> .....	199

## Apresentação

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz à lume obra dedicada ao estudo dos temas principais que compõem as linhas de pesquisa que estão sendo desenvolvidas por seus membros, além de contar com a participação de convidados acadêmicos e profissionais que vêm contribuir, com seus trabalhos, para o debate sobre a sustentabilidade, integração e o rol da Administração Pública no plano nacional e internacional.

Trata-se de uma rede de pesquisa que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Dom Helder Escola de Direito, Universidade de Itaúna (UIT), UNICURITIBA, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, além de Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade de Lisboa em Portugal. Os professores que atuam como coordenadores da Rede em cada instituição são: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG/MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS/RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB/DF); Beatriz Souza Costa (ESDHC), Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (FMU-Faculdades Metropolitanas Unidas); Carlos Alberto Simões de Tomaz; Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa e Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL/Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá/Espanha); José Antonio Moreno Molina (UCLM/Espanha); e Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

O objetivo principal da Rede é promover o intercâmbio de professores e alunos em atividades direcionadas tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como a criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional, seminários e publicações, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

Nesse sentido, esta é a segunda obra fruto atividades conjuntas com as instituições brasileiras e a Universidad Castilla-La Mancha e que reúne textos dos membros da Rede que foram debatidos no marco do II Seminário Brasil-Espanha sobre Desarrollo Sostenible, Integración y Administración Pública, realizado em janeiro de 2019, na UCLM/Toledo-Espanha e da XVII Reunión de la Red de Investigación “Integración, Estado y Gobernanza, ocasião em que, outrossim, a Rede teve a oportunidade de apresentar, em painéis específicos, as discussões levadas a termo pelos pesquisadores.

Nesta obra, apresentam-se os estudos diretamente vinculados ao tema do desenvolvimento no Brasil e Europa para uma construção de uma nova ordem global sustentável. Para a construção de uma nova ordem global necessário que se desenvolva, em nível nacional e internacional formas de contratações públicas que sejam consolidadas. Desta forma José Antonio Moreno Molina demonstra que na atualidade o processo de formação, desenvolvimento e consolidação do Direito Administrativo global apresenta um impacto nos ordenamentos administrativos nacionais. Um exemplo deste impacto é sobre a contratação pública que terá desdobramentos importantes na legislação e acordos internacionais, além de decisões judiciais.

Nessa mesma linha de pesquisa, em um artigo esclarecedor, Pedro José Carrasco Parrilla desenvolve sobre a contratação pública com um viés interligando o compliance tributário na Espanha. O autor com fulcro na Constituição Espanhola, art. 31 no qual estabelece o dever de apoiar os gastos públicos de acordo com a capacidade econômica mediante um sistema tributário conforme entre outros, os princípios de igualdade, da progressividade e não confiscatório, explica que o termo compliance nada mais é do que cumprir o que já está expresso em lei constitucional.

Por sua vez, Francisco Puerta Seguido faz comentários à Lei 9/2017 que dispõe sobre el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable. Identifica el autor que el Plan viene acompañado, además del compromiso de crear un grupo de trabajo en el seno de la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

Capítulo também relevante é o intitulado: “A Atuação dos Entes subnacionais no Processo de Integração Regional: A Paradiplomacia”. Tomaz e Lima explicam que a paradiplomacia são as relações, que podem ser exemplificadas como viagens e visitas oficiais, atividades promocionais em feiras e eventos e até mesmo a celebração de compromissos internacionais realizadas pelos países. Destacam os autores que a atuação dos entes subnacionais no processo de integração utiliza da paradiplomacia, com destaque dos problemas dos direitos humanos. Igualmente, fazendo a conexão com os direitos humanos, Marcelo Benacchio e Renata Dezem desenvolvem pesquisa com foco na atuação das empresas transnacionais no mercado globalizado com o aspecto de seus deveres sociais e ambientais. Os autores demonstram as dificuldades, dessas empresas, em estabelecer um paradigma de atuação em respeito aos direitos humanos em todas as suas dimensões.

Com temática atual e inovadora vinculada ao direito constitucional, internacional no contexto do mundo globalizado, José Adércio com o texto denominado: “El Constitucionalismo subnacional em los Estados Federales” chama atenção para a autonomía constitucional dos Estados subnacionais que têm competência para elaborar a própria Constituição.

Molina Del Pozo, de forma brilhante, aborda a política ambiental da União Europeia que se encontra amparada por Tratados constitutivos que são elementos fundamentais para a consecução de seus objetivos fixados por esta, desde sua criação. Esses objetivos levaram a UE a um desenvolvimento tanto social, econômico e ambiental. O autor demonstra em seu texto, especificamente a importância da economia circular e sua relação com o desenvolvimento sustentável dos países envolvidos.

Com um olhar para a América do Sul, Liziane Paixão e Beatriz Costa observam temáticas diversas que contemplam problemas relacionados ao meio ambiente. De forma clara e objetiva, Liziane expõe a utilização do princípio da precaução para proteção do meio ambiente no Mercosul. Por sua vez, Costa, com fundamento na Constituição Brasileira sobre a proteção do patrimônio cultural, explicita o caso da vaquejada e o imbróglio sobre a constitucionalidade desse esporte atualmente no Brasil.

Tema de grande relevância e repercussão é a modificação de bases de fontes energéticas, porque continua sendo questão estratégica de todos os países. A energia, de forma geral, sig-

nifica movimentação de riquezas, defesa e conforto. Ferraz e Portocarrero, com esta temática, desenvolvem a pesquisa sobre os biocombustíveis como alternativa energética na Europa e no Brasil. Os autores se propuseram a demonstrar que apesar de ser necessário a mudança de base energética no mundo, a utilização dos biocombustíveis está sofrendo uma diminuição por questões comerciais em um cenário de crise econômica.

Com capítulo intitulado “O Papel dos Programas de Ação Ambiental para o Aperfeiçoamento do Espaço Ambiental Comum Europeu”, Mata Diz, Caldas e Fontes apontam que desde a criação da União Europeia, foram adotados numerosos atos normativos, programas e projetos destinados à proteção do meio ambiente. Portanto, a formação da UE desde seu início, preocupa-se com políticas de proteção ambiental demonstrando que esta proteção não ficou, em nenhum momento, em segundo plano. E ainda na discussão de criação de políticas públicas em defesa do meio ambiente, Beçak e Castro inferem que existe um *gap* no Brasil sobre o combate à biopirataria. Defendem os autores que “a prática da biopirataria fortalece uma especialização produtiva injusta entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento”. Assim, o problema perpassa pela discussão e aprimoramento de políticas que devam proteger de forma eficiente e eficaz a biodiversidade brasileira.

Em tal contexto, os problemas desenvolvidos neste livro demonstram a necessidade da discussão sobre as premissas, aplicação e desafios sobre os pilares do desenvolvimento sustentável sob uma perspectiva multilateral e interdisciplinar.

A participação dos pesquisadores, professores e discentes na presente obra promove um amplo e instigante debate que coaduna-se diretamente com as linhas de pesquisa e projetos vinculados aos respectivos programas de pós-graduação membros da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, permitindo, ainda, a divulgação e diálogo com a comunidade acadêmica e, em especial, com os alunos de pós-graduação, os quais, assim, passam a ter uma perspectiva contemporânea quanto às temáticas versadas, auxiliando sua formação em complementação às referências tradicionais adotadas.

A complexidade e a novidade desde livro são imprescindíveis nas mãos de pesquisadores, alunos, professores que terão oportunidade de conhecer as pesquisas realizadas pelos membros da Rede de Pesquisa: “Integração, Estado e Governança”. Desejamos que o leitor entusiasmado possa também aprofundar-se em temas tão significativos para os tempos atuais, voltados para os efeitos da sustentabilidade na ordem normativa e judicial, como parte integrante de um sistema global que deve, imperiosamente, pautar-se no desenvolvimento em suas múltiplas acepções. Portanto, este livro é leitura obrigatória para lançar o debate jurídico sobre a construção de uma nova ordem global sustentável.



## Presentación

La Red de Investigación “Integración, Estado y Gobernanza” saca a la luz un trabajo dedicado al estudio de los principales temas que componen las líneas de investigación que están desarrollando sus miembros, además de contar con la participación de invitados académicos y profesionales que vienen a contribuir, con sus trabajos, para el debate sobre sostenibilidad, integración y el papel de la Administración Pública a nivel nacional e internacional.

Es una red de investigación que reúne universidades e institucionales de investigación nacionales y extranjeras, en particular, la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), la Facultad de Derecho Dom Helder, la Universidad de Itaúna (UIT), UNICURITIBA, el Centro Universitario de Brasilia ( UniCEUB) y la Universidad del Valle del Río dos Sinos (UNISINOS) en Brasil, así como la Universidad de Alcalá de Henares y la Universidad de Castilla-La Mancha en España, la Universidad degli Studi di Perugia en Italia y la Universidad de Lisboa en Portugal. Los maestros que actúan como coordinadores de la red en cada institución son: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG / MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS / RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB / DF); Beatriz Souza Costa (ESDHC), Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNICURITIBA); Carlos Alberto Simões de Tomaz; Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa y Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL / Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá / España); José Antonio Moreno Molina (UCLM / España); y Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

El objetivo principal de la Red es promover el intercambio de docentes y estudiantes en actividades dirigidas a la elaboración de proyectos de investigación, así como la creación de disciplinas dentro de los programas de posgrado, cursos de formación profesional, seminarios y publicaciones, además de Otras actividades científicas y académicas.

En este sentido, este es el segundo trabajo resultante de actividades conjuntas con las instituciones brasileñas y la Universidad Castilla-La Mancha, que reúne textos de miembros de la Red que se debatieron en el marco del Seminário Brasil-Espanha sobre Desarrollo Sostenible, Integración y Administración Pública, realizado en janeiro de 2019, na UCLM/Toledo-Espanha e da XVII Reunión de la Red de Investigación “Integración, Estado y Gobernanza, momento en que la Red tuvo la oportunidad de presentar, en paneles específicos, las discusiones llevadas a cabo por los investigadores.

Este trabajo presenta estudios directamente vinculados al tema del desarrollo en Brasil y Europa para la construcción de un nuevo orden global sostenible. Para la construcción de un nuevo orden global es necesario desarrollar, a nivel nacional e internacional, formas de contratación pública que se consoliden. Así, José Antonio Moreno Molina demuestra que actualmente el proceso de formación, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo global tiene un impacto en los sistemas administrativos nacionales. Un ejemplo de este impacto es la contratación pública que tendrá consecuencias importantes en el derecho y los acuerdos internacionales, así como en las decisiones judiciales.

En la misma línea de investigación, en un artículo esclarecedor, Pedro José Carrasco Parrilla desarrolla sobre la contratación pública con un sesgo que vincula el cumplimiento tributario en España. El autor basándose en la Constitución española, art. 31 en el que se establece el deber de financiar el gasto público de acuerdo con la capacidad económica a través de un sistema tributario justo, basado, entre otros, en los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, explica que el término tax compliance no es más que cumplir con la ley tributaria justificada en el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

A su vez, Francisco Puerta Seguido comenta sobre la Ley 9/2017 que establece el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable. Identifica al autor que el Plan ha sido acompañado, además del compromiso de crear un grupo de trabajo en la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

Otro capítulo relevante se titula: “El desempeño de los seres subnacionales en el proceso de integración regional: paradiplomacia”. Tomaz y Lima explican que la paradiplomacia son las relaciones, que pueden ejemplificarse como viajes y visitas oficiales, actividades de promoción en ferias y eventos e incluso la celebración de compromisos internacionales asumidos por los países. Los autores señalan que las acciones de las entidades subnacionales en el proceso de integración utilizan la paradiplomacia, con énfasis en los problemas de derechos humanos.

Del mismo modo, haciendo la conexión con los derechos humanos, Marcelo Benacchio y Renata Dezem desarrollan una investigación centrada en el papel de las empresas transnacionales en el mercado globalizado con el aspecto de sus deberes sociales y ambientales. Los autores demuestran las dificultades de estas empresas para establecer un paradigma de acción con respecto a los derechos humanos en todas sus dimensiones.

Con tema actual e innovador vinculado al derecho constitucional, internacional en el contexto del mundo globalizado, José Adércio con el texto denominado: “Constitucionalismo subnacional en los estados federales” llama la atención sobre la autonomía constitucional de los estados subnacionales que tienen competencia para elaborar la propia Constitución.

Molina Del Pozo aborda de manera brillante la política ambiental de la Unión Europea, que se basa en tratados constitutivos que han sido fundamentales para el logro de sus objetivos desde su creación. Estos objetivos han llevado a la UE al desarrollo social, económico y medioambiental. El autor demuestra específicamente la importancia de la economía circular y su relación con el desarrollo sostenible de los países involucrados.

Con una mirada a América del Sur, Liziane Paixão y Beatriz Costa observan varios temas que contemplan problemas relacionados con el medio ambiente. Clara y objetivamente, Liziane explica el uso del principio de precaución para la protección del medio ambiente en el Mercosur. A su vez, Costa, basada en la Constitución brasileña sobre la protección del patrimonio cultural, explica el caso de la vaquejada y el embrollo sobre la constitucionalidad de este deporte en Brasil en la actualidad.

Una cuestión de gran relevancia y repercusión es la modificación de las bases de las fuentes de energía, ya que sigue siendo una cuestión estratégica de todos los países. Energía, en general, significa el movimiento de riqueza, defensa y comodidad. Ferraz y Portocarrero, con este tema,

desarrollan investigaciones sobre biocombustibles como alternativa energética en Europa y Brasil. Los autores se propusieron demostrar que, si bien es necesario cambiar la base energética mundial, el uso de biocombustibles está disminuyendo debido a problemas comerciales en un escenario de crisis económica.

Con un capítulo titulado “El papel de los programas de acción medioambiental para la mejora del espacio medioambiental común europeo”, Mata Diz, Caldas y Fontes señalan que, desde la creación de la Unión Europea, se han adoptado numerosos actos, programas y proyectos normativos destinados a proteger el medio ambiente. Por lo tanto, desde su inicio, la formación de la UE se ha preocupado por las políticas de protección del medio ambiente, lo que demuestra que esta protección no estaba en segundo plano en ningún momento. Y aún en la discusión sobre la creación de políticas públicas en defensa del medio ambiente, Beçak y Castro infieren que hay una brecha en Brasil sobre la lucha contra la biopiratería. Los autores sostienen que “la práctica de la biopiratería fortalece una especialización productiva injusta entre los países desarrollados y en desarrollo”. Por lo tanto, el problema impregna la discusión y la mejora de las políticas que deberían proteger de manera eficiente y efectiva la biodiversidad brasileña.

En ese contexto, los problemas desarrollados en este libro demuestran la necesidad de discutir las premisas, la aplicación y los desafíos de los pilares del desarrollo sostenible desde una perspectiva multilateral e interdisciplinaria.

La participación de investigadores, docentes y estudiantes en este trabajo promueve un debate amplio y emocionante que está directamente en línea con las líneas de investigación y proyectos vinculados a los respectivos programas de posgrado, miembros de la Red de Investigación “Integración, Estado y Gobernanza”, permitiendo, también, la difusión y el diálogo con la comunidad académica y, especialmente, con los estudiantes de posgrado, quienes, por lo tanto, tienen una perspectiva contemporánea sobre los temas versados, ayudando a su formación en la complementación de las referencias tradicionales adoptadas .

La complejidad y la novedad de este libro son esenciales en manos de investigadores, estudiantes, profesores que tendrán la oportunidad de conocer la investigación realizada por los miembros de la Red de Investigación: “Integración, Estado y Gobernanza”. Esperamos que el lector entusiasta también pueda profundizar en temas tan importantes para el día de hoy, centrándose en los efectos de la sostenibilidad en el orden normativo y judicial, como parte integral de un sistema global que debe guiarse por el desarrollo en sus significados múltiples, por lo tanto, este libro es una lectura obligada para iniciar el debate legal sobre la construcción de un nuevo orden global sostenible.

Cuenca, Belo Horizonte e São Paulo, novembro de 2019.

*Beatriz Souza Costa*

Pós Doutora pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha; Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pró-Reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora do Programa de Pós Graduação da Dom Helder Escola de Direito.

*José Antonio Moreno Molina*

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha (España).

*Roberto Correia da Silva Gomes Caldas*

Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/SP. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP. External Researcher da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.



# A atuação dos entes subnacionais no processo de integração regional: a paradiplomacia

Carlos Alberto Simões de Tomaz<sup>1</sup>  
e Renata Mantovani de Lima<sup>2</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.01](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.01)

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Paradiplomacia. 2. Revisitando conceitos básicos da federação: o princípio federativo, princípio unitário e o princípio da subsidiariedade. 3. A institucionalização da paradiplomacia nas constituições da Alemanha, Bélgica, Suíça e Argentina. 3.1 A paradiplomacia institucional alemã. 3.2 A paradiplomacia institucional belga. 3.3 A paradiplomacia institucional suíça. 3.4 A paradiplomacia institucional argentina. 4. A paradiplomacia não institucionalizada. 5. A paradiplomacia não institucionalizada no Brasil. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se sem dúvida, voltado para a problemática dos direitos humanos. A preocupação com a fundamentabilidade dos direitos humanos concebidos como normas de natureza supraconstitucional vinculadas à essencialidade de uma vida digna tem fervilhado as relações internacionais.

Nesse quadro, governos não-centrais, igualmente denominados entes subnacionais, têm voltado a atenção para o plano internacional, travando relações com outros entes federados regionais ou mesmo com governos centrais de outros Estados. Estas relações vão desde viagens e visitas oficiais, atividades promocionais em feiras e eventos e até a celebração de compromissos internacionais, fenômeno designado como paradiplomacia.

Neste artigo, a partir de uma análise lógico-dedutiva, enfrentar-se-á a paradiplomacia institucionalizada nas constituições de alguns Estados europeus e latino-americanos, bem como se examinará a expansão da paradiplomacia não institucionalizada, vale dizer, deflagrada por unidades federadas regionais ou locais mesmo à ausência de previsão constitucional expressa para tanto, como é o caso do Brasil, onde a Constituição comete a competência internacional ao governo central (a União) e, não obstante, a expansão do fenômeno é constatada.

1 Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado.

2 Mestra e doutora em Direito Internacional (PUC/MG). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais) da Universidade de Itaúna – UIT/MG. Advogada.

Aposta-se, em conclusão, na validação da paradiplomacia como procedimento extradoméstico essencial ao processo de integração regional em defesa da efetividade dos direitos humanos.

## 1. A PARADIPLOMACIA

Tradicionalmente as relações internacionais sempre se comportaram no âmbito da competência dos governos centrais dos Estados federados e são desenvolvidas sob os auspícios da atividade diplomática. Todavia, a partir das últimas duas décadas do século passado e do vigente processo de globalização, os governos não centrais passaram a exercer uma série de contatos com outros governos igualmente locais ou até mesmo com governos soberanos de outros Estados diante das novas demandas globais e face à seus interesses específicos. A esse fenômeno, tem-se chamado de paradiplomacia, diplomacia não central, relações internacionais de entes sub-estatais ou diplomacia paralela, dentre outras denominações, como faz ver Ugaldi Zubiri, para quem esta atividade de atores não centrais no plano internacional tem com causa *um complejo conjunto de motivaciones de índole político, económico-comercial y cultural*.<sup>3</sup>

Segundo Lessa, a expressão paradiplomacia “foi trazida ao centro do debate acadêmico pelo basco Panayotis Soldatos para designar a atividade diplomática desenvolvida entre entidades políticas não centrais situadas em diferentes Estados”.<sup>4</sup> Efetivamente, foi sob o influxo dos ideais e práticas da região Basca, na Espanha, e da Baviera, na Alemanha, que a atividade adquiriu contornos que se expandiriam pelos quadrantes do planeta; seja no eixo norte-norte, entre regiões de países desenvolvidos (a experiência internacional dos Estados federados dos EUA e das províncias canadenses, sobretudo Ontário e Quebec ou mesmo os acordos entre as regiões de Estados da Europa); seja no eixo sul-sul, no âmbito dos países periféricos (como, por exemplo, os acordos de cooperação entre os Estados federados do sul do Brasil e as províncias fronteiriças da Argentina); e ainda na vertente norte-sul, divisando-se, aqui, a guisa de exemplo, a existência de ajustes entre regiões de Estados europeus e Estados e Municípios brasileiros.

Não obstante, a ideia imanente ao étimo paradiplomacia vem do final da década de cinquenta e início dos anos sessenta, muito antes mesmo do irrompimento do fenômeno no final do século passado. Com efeito, segundo dados do *Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense* – INDEB, uma das regiões mais exitosas no que pertine à cooperação binacional é a do Distrito de Steinfurt (região fronteiriça entre a Alemanha e a Holanda), onde se registram tratados de cooperação inter-regional há mais de quarenta anos. Esses acordos fundavam-se na integração de regiões naturais que se encontram separadas pelas fronteiras nacionais e se referiam ao mercado do carvão e do aço, matérias primas comuns.<sup>5</sup>

Duchaceck, segundo Krämer, *estabelece uma diferencia entre la paradiplomacia transfronteiriiza, la transregional (unidades sin frontera común) y la global que trata de “temas globales” tales como medio ambiente, apartheid o cooperación al desarrollo.* (8)

Compreendido em linha geral o fenômeno, impende perquirir sobre o que leva regiões, *länder*, estados-membros, províncias ou mesmo municípios a irromperem atividades internacionais ao lado da atividade diplomática a cargo dos entes centrais, às vezes até mesmo de forma contrária a estas e, como se tem verificado, em certos casos, ao arrepio da moldura normativa

3 ZUBIRI, Alexander Ugaldé. *La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa*. In: <http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0139zvk/gaia13904es.html>, 02.11.2018, p. 1.

4 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 8.

5 INDEB - Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense. In: <http://www.indeb.com.ar/investigacion01b.htm> Acesso em 15.10.2017, p. 4.

estabelecida na constituição. Ao declarado escopo, impende que se proceda a um rápido esboço sobre a formulação teórica do Estado federal.

## **2. REVISITANDO CONCEITOS BÁSICOS DA FEDERAÇÃO: O PRINCÍPIO FEDERATIVO, PRINCÍPIO UNITÁRIO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**

Com efeito, é sabido que a forma de estado federal pressupõe, no mínimo, a coexistência de duas ordens jurídico-políticas. É dizer, numa federação, o poder se mostra, sobre o prisma organizacional, descentralizado. Essa descentralização política dá origem a órbitas de poder que se dizem autônomas porque podem se autoconstituir, em decorrência se auto-organizar, têm governo próprio (autogoverno) e, por fim, se auto-administram. Verifica-se, portanto, que no Estado federal existem ao menos dois núcleos de decisão política: o governo central e governo local, ambos autônomos, com competências estabelecidas em um vínculo de natureza constitutiva que cria o pacto político - a constituição. Nessa conformidade vaza-se teoricamente o *princípio do federalismo*. Todavia, é preciso perceber que numa federação o governo central não é soberano. É tão autônomo quanto o governo local. Quem é soberano é o próprio Estado federal, a união resultante do pacto político. Nesse sentido, vale conferir a Constituição brasileira quando proclama no art. 18 que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”. Não obstante, açodadamente tem-se falado no discurso político e até mesmo jurídico que a União (a pessoa jurídica de direito público interno) é soberana. Tributa-se este equívoco ao fato de que nas federações está resguardada à União (entenda-se: ao governo central) a competência internacional, como o fez a Carta brasileira no art. 21, I a IV. Esse aspecto, como adiante se verificará, tem importância acentuada para se perceber a *institucionalização* da paradiplomacia.

Mas, como se afirmou, o vínculo que une as comunidades locais em uma federação é de natureza jurídico-política. Encontra-se alçado em um pacto político vazado em uma constituição, daí porque se diz que o vínculo é de natureza constitutiva. Incide, desde aí, o *princípio unitário* em nome do qual o vínculo que une os estados-membros de uma federação é de natureza indissolúvel, significando dizer, que a comunidade local, dotada de autonomia, não pode se separar da união. Em outras palavras, ao contrário do que ocorre em uma confederação - onde o vínculo que une os Estados é de natureza contratual, tendo como fundamento a norma de direito internacional público que valida os tratados (o princípio *pacta sunt servanda*) e não uma constituição, permanecendo, portanto, os Estados-partes com a faculdade de se desligarem da confederação, valendo-se, para tanto, do instituto da denúncia - no vínculo de natureza constitutiva isso não pode ocorrer sob pena de se romper com o pacto político e é exatamente por isso que nas federações, em defesa do princípio unitário, admite-se a intervenção da união nos estados-membros. A concepção do princípio unitário, com esse importante instrumento em sua defesa, é também relevante para compreensão da *institucionalização* da paradiplomacia.

Enfim, a formulação teórica da federação não se complementa se não se falar do *princípio da subsidiariedade* porque constitui exigência da moderna concepção democrática.

Anote-se, primeiramente, que o implemento do princípio da subsidiariedade não ocorre com exclusividade no âmbito de federações, também de estados unitários, não obstante imprima o estado federal espaço mais propício ao seu desenvolvimento.

O Estado moderno se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. Com efeito, a escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planejada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativas, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e

prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do Estado uma boa administração dos escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil. Nesse espaço, lembra Bobbio que se verifica “um contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.”<sup>6</sup> Para fazer face a essa tendência, afirma o renomado jurista que

o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações política, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc. (os destaques não são do original)<sup>7</sup>

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A ideia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido, *per se*, atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a atuação do Estado, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço para atuação de organizações não governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades, por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consulta.

Enfrentando as bases científicas que ensejam a formulação do princípio da subsidiariedade, Baracho assevera que:

A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização. Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo de que não mais atende às grandes pressões sociais? As mutações estruturais e qualitativas da Sociedade contemporânea, conduz a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices. As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagonista. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos

6 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47.

7 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67.

intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária. A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*). As *Alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.”<sup>8</sup>

A paradiplomacia, ver-se-á mais adiante, deve ser encarada como uma dessas práticas renovadas que permitem, efetivamente, uma releitura da estrutura do Estado voltada para suprir a ausência de maior interação entre o poder central e o poder local, à base de um equilíbrio homogêneo ensejado pela subsidiariedade verificada na atuação dos entes federados periféricos ao atuarem no âmbito da competência material comum.

Nessa linha, a expansão do poder ascendente, sem dúvida, processa-se em maior extensão numa federação, onde deixando-se o poder político mais próximo da realidade local, ensaja tomada de decisão com maior rapidez, além de erigidas, sem dúvida, num maior conhecimento da situação. Afinal, já se disse com bastante precisão: nós não vivemos na União! Vivemos em municípios!

O implemento do princípio da subsidiariedade nas federações modernas tem invertido a tendência antidemocrática da ordenação do poder do vértice para a base e tornou-se pedra angular para a institucionalização da paradiplomacia.

### **3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA PARADIPLOMACIA NAS CONSTITUIÇÕES DA ALEMANHA, BÉLGICA, SUÍÇA E ARGENTINA**

É sob o manto deste referencial teórico que a paradiplomacia será examinada. Inicialmente, a análise se voltará para o irrompimento do fenômeno nos Estados onde se divisa moldura jurídica para o seu florescimento. Após, constatando-se que igualmente o fenômeno eclode em Estados onde não há previsão normativa expressa, a análise voltará para se verificar a existência de conformação jurídica para o procedimento que se avulta, nessa conformidade, extradogmático.

#### **3.1. A PARADIPLOMACIA INSTITUCIONAL ALEMÃ**

A constituição da Alemanha, após proclamar que “as relações com os Estados estrangeiros estão a cargo da Federação” (art. 32, 1), estabelece que “antes da conclusão de um tratado que afete particularmente um Estado, este deve ser ouvido com a devida antecedência” (art. 32, 2). Vê-se, desde logo, que o comando emergente desta disposição constitucional consagra, na federação alemã, o princípio da subsidiariedade ao fazer com que o interesse regional seja ouvido antes do governo central concluir tratado que afete o interesse local. A expansão do poder ascendente é a tônica do dispositivo inteiramente alinhado à moderna concepção democrática de modo a fazer com que as decisões sejam tomadas da base para o ápice da pirâmide. Este legítimo procedimento, que minimiza no Estado alemão o influxo do tecnicismo burocrático centralizador, vício de muitas federações, foi abordado com precisão com Bobbio quando afirma:

---

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In : *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 103-104.

Tecnocracia e democracia são antéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe dos *arcana impeii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?<sup>9</sup>

A presunção de que o governo central se encontra mais preparado para concluir tratados é falsa. Ninguém melhor do que quem está vivenciando no dia a dia os problemas para alvitrar soluções mais adequadas. Daí o acerto do dispositivo constitucional alemão ao estabelecer essa forma de consulta prévia ao Estado-membro.

Mas o § 3º do mesmo art. 32 da Constituição alemã prescreve que “No âmbito de sua competência legislativa, os Estados federados podem, com o consentimento do Governo Federal, concluir acordos com Estados estrangeiros”.<sup>10</sup> Este preceito completa, de forma decisiva, a conformação normativa que institucionaliza a paradiplomacia na Alemanha.

É, de fato, sob o manto deste quadro normativo que os *länder* alemães têm desenvolvido intensa atividade paradiplomática. Dirscherl, enfrentando a paradiplomacia na Baviera, revela que a esse *länder* foi

o primeiro que sinalizou a necessidade de incorporar o princípio da subsidiariedade na base da construção da Europa comunitária. Por iniciativa bávara adotou-se esse princípio na chamada Declaração de Munique da Conferência Ministerial de outubro de 1987. E são conhecidas as listas de esferas nas quais a Baviera propõe que se limite, por meio desse princípio, a competência das instituições centrais da Comunidade.<sup>11</sup>

Foi também sob o pálio das posições defendidas pela Baviera, que na Conferência sobre “A Europa das Regiões”, em 1989, que se abriu o caminho para que viria, mais tarde, a ser o Comitê das Regiões no Tratado de Maastricht.

Sem dúvida, a Baviera é o Estado federado da Alemanha que mais desenvolve relações internacionais com governos regionais ou centrais de outros Estados. As relações paradiplomáticas da Baviera chegaram a ponto de estabelecer representação oficial dos interesses bávaros em Bruxelas, no que seria seguida por outros *länder*. A posição de destaque da Baviera, todavia, deve-se decisivamente a sua importância no contexto da federação alemã. De fato, a região conquistou a posição de importante pólo de produção tecnológica, turístico e cultural. Munique, sua capital, ostenta o posto de terceira cidade da federação atrás apenas Berlim e Hamburgo.

Outras unidades federadas da Alemanha também desenvolvem intensas relações paradiplomáticas fronteiriças, onde se destaca a região de Steinfurt, nos limites com a Holanda, mas o fenômeno viceja também nos *länder* do leste, estes deslançam relações com outras regiões ou governos centrais de outros Estados soberanos, sob os auspícios de uma política voltada cada vez mais para sua completa inclusão no processo de desenvolvimento europeu. De fato,

9 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 46.

10 ALEMANHA. Constituição de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em 15.15.2018.

11 DIRSCHERL, Klaus. *A paradiplomacia de Bavaria*. In <http://www.igadi.org/arquivo/te-se03/a-paradiplomacia-de-bavaria.htm>. Acesso em 01.05.2017, p.1.

os *länder* do leste reconhecidamente situados numa região mais pobre que os estados federados da antiga Alemanha ocidental, voltam-se para o fenômeno introduzindo uma nova agenda distinta em muitos pontos daquela que revela a paradiplomacia dos antigos estados ocidentais, como a Baviera. Essa agenda, além das questões de fronteira, meio ambiente, revela alta preocupação com o nível de desemprego e almeja uma cooperação econômica com investimentos e parcerias financeiras. Por esse caminho tem-se destacado o *länder* de Brandeburgo, que tem empreendido esforços em relações paradiplomáticas transfronteiriças com regiões da Polônia e de outros Estados do leste europeu como com acuidade divisa Krämer.<sup>12</sup>

### 3.2. A PARADIPLOMACIA INSTITUCIONAL BELGA

A constituição Belga dispõe no Título IV sobre as relações internacionais. Ao institucionalizar a paradiplomacia o art. 167 prescreve:

1.1 O Rei administra as relações internacionais, sem prejuízo da capacidade das Comunidades e Regiões de se engajarem em cooperação internacional, incluindo a assinatura de tratados, para aqueles assuntos dentro de suas responsabilidades, conforme estabelecido pela Constituição e em virtude dessa.

2 O rei conclui tratados, com exceção dos descritos no parágrafo (3). Estes tratados podem entrar em vigor somente após a aprovação das Casas.

3 Esses Governos Comunitários e Regionais descritos no Artigo concluem, em assuntos que lhes dizem respeito, tratados relativos a questões que estão no âmbito das responsabilidades de seus Conselhos. Esses tratados só podem entrar em vigor após a aprovação pelo conselho.

4 Uma lei aprovada pela maioria como descrita no Artigo 4, último parágrafo, especifica os termos para a conclusão dos tratados descritos no parágrafo (3), e para aqueles tratados não relacionados exclusivamente com questões dentro da competência das Regiões ou Comunidades ou em virtude de a Constituição.<sup>13</sup>

Vê-se, portanto, que além do governo central, os demais entes federados podem celebrar tratados, cujo objeto se situem no âmbito das matérias de sua competência. Esta institucionalização da paradiplomacia encontra-se vinculada ao caráter multinacional do Estado belga. Efetivamente, existem na Bélgica três grandes comunidades: a comunidade francesa, a comunidade flamenga e a comunidade germânica. O sincretismo dessas três comunidades é o elemento caracterizador do Estado belga e, por isso, no estabelecimento do pacto federativo não poderia ser questão olvidada. E assim o foi até mesmo em defesa do princípio unitário em nome da existência e manutenção da própria federação.

Confira-se, a propósito, que a conclusão dos tratados firmados pelas Comunidades e Regiões teve seu tratamento normativo diferido para disposição infraconstitucional (§ 4). Trata-se, na verdade, de autêntica lei nacional aprovada pela maioria qualificada de dois terços dos votos em cada região. Segundo Lessa, trata-se da Lei Especial de 8 de agosto de 1980, vindo a estabelecer que “Em caso de desacordo entre as autoridades regionais e comunitárias e o Governo Central, a autoridade interessada pode solicitar à Conferência Interministerial de Política Externa que emita uma decisão, por consenso, no prazo de trinta dias. Com vistas a garantir a coerência da

---

12 KRÄMER, Raimund. *Las relaciones transfederadas de los länder de Alemania Oriental. El caso de Brandeburgo*. In: <http://www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/kramer.html>, 11. 06.2017, p.11-12.

13 BÉLGICA. Constituição. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21393-21394-1-PB.htm> Acesso em 20.10.2017.

política externa belga, determina o Artigo 81 da mesma lei Especial de 1980 que as Regiões e Comunidades submetam seus projetos de tratado a prévia aprovação do Governo Federal”.<sup>14</sup>

Sob tal quadro normativo, irrompem-se as relações paradiplomáticas desenvolvidas pelas Comunidades e Regiões Belgas.

### 3.3. A PARADIPLOMACIA INSTITUCIONAL SUÍÇA

Impende, primeiramente, assentar que a Confederação Suíça, em razão do regime de repartição de competência plantado na Constituição, revela-se muito mais, na verdade, como uma federação, pois, não obstante a Constituição suíça assevere que os cantões são soberanos, limita a soberania aos termos da Constituição (art. 3º) que afirma que “o Direito Federal prima sobre o Direito Cantonal que lhe seja contrário (art. 49, 1).

Feita esta constatação, impende trazer à tona os dispositivos constitucionais que institucionalizam a paradiplomacia. Começando, o art. 55, § 1º, expressa que “Os cantões participam na preparação das decisões relativas à política externa que se referem a sua competência ou tangerem seus interesses essenciais” Como se vê, à semelhança da Constituição alemã, a congênere suíça tornou normativo o princípio informativo da federação: a subsidiariedade. Afasta-se a tendência centralizadora e burocratizante para abrir um espaço sadio e totalmente democrático para expressão da vontade local na formação do processo decisório, que conduzirá a política externa naquilo que for de interesse dos cantões. O princípio da subsidiariedade adquire ainda mais tom, quando o exame se depara com o mandamento insculpido no § 3º do mesmo artigo. Com efeito, confira-se: “a tomada de posição dos cantões tem um peso especial se forem afetados nas suas competências. Nestes casos os cantões participam das negociações internacionais de forma apropriada”.

Significa dizer, desde aí, ainda que a atuação do governo central esteja voltada para o campo geral, se a matéria objeto de um tratado afetar a competência dos cantões – o que muito ocorre em federações quando se trata de competência material comum, cumulativa ou paralela dos entes federados – a Constituição suíça exige a participação dos cantões no processo de negociação de acordos internacionais.

Enfim, a Carta Suíça estabelece que no âmbito de sua competência os cantões podem concluir tratados, que não devem contrariar o interesse de outros cantões ou da Confederação, devendo esta ser informada antes da conclusão. Estabelece mais que os cantões podem tratar diretamente com autoridades estrangeiras de hierarquia inferior, mas com entidades estrangeiras superiores, a atuação deve ser intermediada pela Confederação. Confira-se:

Art. 56 Relações dos cantões com o estrangeiro

1 Dentro dos seus limites de competência, os cantões podem concluir acordos com o estrangeiro.

2 Estes contratos não devem contrariar o direito nem os interesses da Confederação e nem os direitos de outros cantões. Antes da conclusão de um contrato, os cantões devem informar a Confederação.

<sup>14</sup> LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 34.

3 Os cantões podem tratar diretamente com autoridades estrangeiras de hierarquia inferior; nos demais casos, os contatos dos cantões com o estrangeiro efetuam-se por intermédio da Confederação.<sup>15</sup>

Insta quadrar, nesta contextura, que não é pouca a atividade paradiplomática Suíça, sobretudo no âmbito da paradiplomacia transfronteiriça.

### *3.4. A PARADIPLOMACIA INSTITUCIONAL ARGENTINA*

A Constituição da Argentina institucionaliza a paradiplomacia nos seguintes termos:

Artículo 124. Las provincias podrán criar regiones para el desarrollo económico-social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal e el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

...

Artículo 125. Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industria, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios.

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.<sup>16</sup>

Vê-se, pois, que na linha das constituições europeias antes examinadas, a Constituição da República Argentina admite que suas províncias exerçam atividades paradiplomáticas, condicionando, todavia, a celebração de convênios e tratados ao conhecimento do parlamento e restringindo o âmbito às matérias de sua competência, de modo a não se imiscuir na competência do governo federal. A Constituição, como se vê, exige também que os tratados não imprimam gravame ao crédito público da nação e não se mostrem incompatíveis com a política exterior da nação, vale dizer, aquela conduzida pelo governo central.

Nota-se que a Constituição abriu a atividade paradiplomática exatamente para o âmbito da competência material comum dos entes federativos, tal qual se percebe pelo elenco de tais matérias vazado no art. 125, conduzindo a atuação para a paradiplomacia geral e transfronteiriça, não se encontrando, obviamente, vedada a paradiplomacia inter-regional ao preconizado escopo de alcançar as finalidades ali traçadas.

A pesquisa de Lessa revela oito frequências de atividades paradiplomáticas entre províncias da Argentina com unidades federadas brasileiras, sendo seis com estados e duas com municípios.<sup>17</sup>

---

15 SUIÇA. Constituição. Disponível em: [https://www.cisp-newsletter.com/wp\\_docs/Bundesverfassung\\_PT.pdf](https://www.cisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf) Acesso em 20.11.2017.

16 ARGENTINA. Constituição. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf> Acesso em 20.10.2017.

17 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 75.

#### 4. A PARADIPLOMACIA NÃO INSTITUCIONALIZADA

A expansão da paradiplomacia, no entanto, não tem ocorrido apenas nos Estados em que a mesma se encontra institucionalizada mercê de normas jurídicas expressas que autorizem entes federativos, que não o governo central, a se embrenhar no campo das relações internacionais.

De fato, ao contrário da postura vazada nas constituições antes analisadas, muitas constituições, na vertente do federalismo clássico de inspiração centralizadora, colocam nas mãos exclusivas do governo central o feixe de matérias que compõem a competência internacional. Todavia, mesmo nestes Estados, o fenômeno da paradiplomacia eclodiu. Sob o pálio dessa situação encontram-se, entre outros, os EUA, o Canadá, a Espanha, a Itália e o Brasil.

Nos EUA, registra Lessa que

nos anos 70 o comércio exterior quase dobra sua participação no PIB americano; e nos anos 80, os EUA se convertem nos maiores receptores de investimentos estrangeiros, revertendo-se a tendência histórica como maior investidor em países estrangeiros. Em consequência desse surto econômico-comercial, os governadores dos Estados desenvolveram um interesse direto nas relações econômicas internacionais.<sup>18</sup>

Sob tal contexto, é cada vez mais crescente o número de escritórios de representação abertos pelos estados norte-americanos no exterior.<sup>19</sup> Além disso, no campo da paradiplomacia transfronteiriça, os estados federados dos EUA e as províncias canadenses têm desenvolvido um íntima relação em defesa de seus interesses comuns.

Com efeito, na esteira dos estados norte-americanos, no Canadá também é crescente o número de escritórios de representação no exterior, abertos pela província de Ontário sendo que no âmbito da cooperação transfronteiriça, Lessa aponta a existência de vários acordos entre eles os conhecidos Memoranda de Entendimento sobre a chuva ácida, problema que exigiu a atuação comum das unidades federadas fronteiriças que tomaram a dianteira para resolvê-lo.<sup>20</sup>

Já na Espanha e na Itália, a paradiplomacia mesmo a despeito de autorização normativa, expande-se também sob o influxo dos interesses comuns das regiões fronteiriças. Mas, é bem de ver, não se restringem os acordos ao âmbito da paradiplomacia transfronteiriça. Com efeito, a região Basca, na Espanha, tem alçado voos mais altos no campo das relações internacionais. De fato, como os *länder* da Alemanha, o governo basco tem projetado sua participação no Comitê das Regiões da União Européia e, fora deste âmbito, registram-se viagens e visitas pelas autoridades governamentais a outros governos não centrais; intercâmbios financeiro, culturais; atividades promocionais visando a promoção da região no âmbito cultural, comercial, financeiro, tecnológico, turístico, em eventos como feiras e congressos; contatos com corpos diplomáticos, além de acordos de cooperação firmados com *länder* da Baviera, a província italiana de Emilia-Romagna, o cantão helvético de Jura e, ainda, com regiões da República Russa, como assinala Zubiri.<sup>21</sup>

18 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 44.

19 Referindo-se à expansão da cadeia de representação dos estados norte-americanos no exterior, Lessa, na obra aqui já referida (pp. 44 – 45), expõe a estatística apurada por Fly e Kincaid, que apontam para algo entre 160 a 180 escritórios ao final dos anos 90, sendo que mais de 1.100 municípios algo em torno de 1.755 cidades-irmãs em 123 nações.

20 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 49 – 52.

21 ZUBIRI, Alexander Ugalde. *La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa*. In: <http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0139zkb/gaia13904es.html>, 02.11.2018, p. 1 – 3.

Enfim, já se afirmou neste trabalho que o princípio da subsidiariedade conquanto tenha obtido enorme recepção no Estado federal, igualmente tem aplicabilidade nos Estados unitários porque, nestes, também se busca, com a expansão do poder ascendente, uma maior realização do ideal democrático. Por isso mesmo, a paradiplomacia não se encontra infensa aos estados que se organizam centralizadamente, vale dizer, com uma única órbita de poder, um único núcleo de decisão político-jurídica.

Nos Estados unitários, a ausência de auto-governo sufoca uma latente vontade decisória a nível local. Essa vontade se torna mais presente tanto quanto mais forte for a unidade de vínculos (cultural, econômico, financeiro, turístico) que sacudam a comunidade local. E aí, a não satisfação integral dos interesses mesclados nesses vínculos pelo poder centralizado dá ensejo a uma atuação local à margem desse poder, abrindo, assim, espaço para a atividade paradiplomática por províncias ou departamentos que sequer gozam de autonomia.

Trata-se, portanto, de paradiplomacia não institucionalizada, porque não poderia encontrar-se normativamente prevista. Nessa linha, Lessa aponta a atividade desenvolvida pelas regiões fronteiriças da França com as congêneres da Suíça e pelas autoridades locais e provinciais do Japão, sob forte estímulo do governo japonês que para tanto criou o *Council of Local Authorities for International Relations* (CLAIR), com sede em Tóquio, agências regionais nas principais cidades japonesas e escritórios espalhados pelo mundo.<sup>22</sup>

## **5. A PARADIPLOMACIA NÃO INSTITUCIONALIZADA NO BRASIL**

A constituição da República Federativa do Brasil efetivamente não institucionaliza a paradiplomacia. A competência internacional é imputada à União. Com efeito, estabelece o art. 21 que compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II – declarar a guerra e celebrar a paz; III – assegurar a defesa nacional; IV – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente... Completando o quadro normativo expresso, o art. 84, VIII, estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Já o art. 49, I, prescreve que é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos gravosos ao patrimônio nacional. E, enfim, o art. 52, V, dispõe que compete ao Senado Federal autorizar as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Sob tal contextura, não se tem dúvida, os entes federativos não centrais não podem desenvolver relações internacionais no Estado brasileiro. A paradiplomacia, entre nós, avulta-se como atividade não institucionalizada pelo pacto político. Todavia existe. Existe, portanto, como procedimento extradogmático, fora do âmbito da normatividade. Mas existe. E existe porque os entes federativos não centrais do Estado brasileiro não poderiam ficar à margem do processo que se irrompe noutras federações, onde a paradiplomacia se desenvolve, seja ou não sob o manto de normatividade jurídica expressa. Assim, impende que se examine o fenômeno no Estado brasileiro.

Em primeiro plano, impende verificar se efetivamente os entes federativos brasileiros têm, a despeito de a Constituição não expressamente permitir, desenvolvido relações internacionais com outros entes locais ou centrais de Estados estrangeiros. A esse respeito, uma vez mais

---

<sup>22</sup> LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 56.

recorre-se, aqui, ao pioneiro trabalho sobre o assunto, de autoria do Conselheiro José Vicente da Silva Lessa, apresentado no XLIV Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores. Ali, a laboriosa pesquisa do insigne diplomata revela a existência de 65 ocorrências, sendo 53 com Estados, 7 com Municípios e 5 com outros agentes. Os Estados a que se referem tais ocorrências são Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Espanha, Estados Unidos, França, Israel, Itália, Japão, Noruega, Paraguai, Polônia, Suíça e Ucrânia. As áreas de tais acordos aponta a pesquisa como sendo: geral, comércio, indústria (pequena e média empresa, *joint-ventures*, infra-estrutura, energia, construção naval, zonas francas), agroindústria (pesca e agricultura), turismo, serviços (transportes e portos), meio ambiente, administração pública (planejamento urbano, segurança pública e legislação), governo (processo legislativo, processo eleitoral, políticas sociais e finanças públicas), educação, esporte e cultura, saúde e saneamento, ciência e tecnologia (informática) e integração regional. Já os objetivos visados compreendem a cooperação técnica, científica e tecnológica, a promoção de intercâmbio, informações recíprocas, investimentos e capacitação.<sup>23</sup> Para chegar a esses dados aquele autor se valeu de documentação fornecida pelas unidades federadas brasileiras e pelos arquivos oficiais do Itamaraty.

De plano, impende realçar que os números vão muito além daqueles obtidos pelo laborioso diplomata. Efetivamente, tem que se reconhecer que não é fácil obter de Estados e Municípios dados sobre uma atividade que os mesmos desempenham convencidos de que o fazem à margem da Constituição. Isso, por si, já se avulta suficiente para os dados não virem totalmente à tona, ao menos de órgãos oficiais do governo central, a guisa de assegurar a efetividade dos ajustes.

Não obstante, a pesquisa já revela um razoável desenvolvimento de atividades transfederativas, cuja tendência é, não se tenha dúvida, proliferarem-se mais e mais. Isso se percebe, com efeito, ao se examinar as matérias objeto dos ajustes e seus objetivos. Confira-se que a maior parte dos acordos trata de matérias situadas no rol da competência material comum, cumulativa ou paralela dos entes federativos, tal qual vazadas no art. 23 da Constituição. De fato, como acima está exposto, as matérias dos acordos versam, entre outras, sobre pesca e agricultura, turismo, transportes, meio ambiente, planejamento urbano, educação, cultura, saúde, saneamento, ciência e políticas sociais, matérias que ensejam a atuação conjunta, cumulativa, comum ou, como se queira, paralela, mas convergente, de todos os entes federativos, como prescrito, respectivamente nos incisos VIII e XI; III; XII; VI e VII; IX e XIII; V; II; V e X do art. 23. Significa dizer que, de regra, a atuação paradiplomática dos entes federados no Brasil se encontra voltada para a realização de sua competência material, tal qual prevista na Carta. Confira-se, a propósito, que sobre tais matérias, os Estados e o Distrito Federal possuem, ao lado da União, competência legislativa concorrente (art. 24 da Carta) e os Municípios podem delas tratar legislando em defesa do interesse local (art. 30, I).

Vê-se, desde aí, que na atuação paradiplomática, os entes federativos brasileiros têm geralmente se situado no âmbito do exercício de sua competência, na esteira do desenvolvimento do fenômeno pelos entes federados dos Estados Europeus ou da América do Norte, seja no âmbito da paradiplomacia institucionalizada, porque, como se viu, as constituições sempre estão a exigir que a celebração de tratados pelos governos locais se realize no âmbito de matéria afeta à sua competência; seja no âmbito da paradiplomacia não institucionalizada.

O que se vê, na verdade, é que de simples viagens e visitas oficiais dos governantes locais, ou mesmo a promoção da região em eventos no exterior, as relações internacionais desenvolvidas pelos governos não centrais se intensificaram, chegando à cooperação interterritorial. Tais

23 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 75 e 78.

acordos de cooperação, voltados para o âmbito da competência material, não visam a outro objetivo senão a realização das políticas sociais adotadas por aqueles governos em benefício da coletividade, numa legítima atuação garantida pelo princípio da subsidiariedade revelando, a todo modo, a expansão do poder ascendente contraposto ao poder tecnocrata, burocrático e centralizador dos governos centrais.

No Brasil, inequivocamente, a expansão da paradiplomacia decorre, em grande parte, dos vícios que maculam a federação. À parte da tendência centralizadora, que tradicionalmente atrai para Brasília a tomada de decisão de forma indiscriminada, a verdade é que padecem os entes federados sob o pálio de um regime tributário-fiscal inadequado, fortemente centralizador de receitas, o que limita a atuação de Estados e Municípios, que se vêem desprovidos de recursos suficientes para implementar suas políticas sociais. Isso tem gerado uma sensível “guerra fiscal”, lançando em conflito os entes federados sequiosos de amealharem mais receitas, não lhes restando outro caminho senão partir para uma atuação internacional em busca de recursos de toda ordem, troca de experiências, novas tecnologias, aprimoramento humano, etc, tudo no afã de maximizar a utilização dos poucos recursos de que dispõem.

Nesse quadro, com análise voltada para a situação dos *länder* do leste da Alemanha, Krämer afirma:

Sin ninguna duda, las subunidades de un Estado tales como las provincias o las unidades federadas pueden tener intereses muy distintos del llamado “interés nacional”. Y algunas veces dos regiones de diferentes Estados-nación, en una área determinada, tienen más en común que remotas regiones del mismo Estado-nación. Por consiguiente, las unidades subnacionales, diferentes en su configuración geográfica, demográfica, industrial, cultural e histórica, tienen que formular sus propios intereses y tratar de seguir su correspondiente política. Este es especialmente el caso de las llamadas “nuevas cuestiones” de la agenda de las Relaciones Internacionales, tales como inversiones, cuestiones de medio ambiente, recursos de agua, mano de obra y migración. Con la creciente interrelación entre los asuntos nacionales e internacionales, especialmente en la Unión Europea, el Estado-nación resulta cada vez menos capaz de suministrar la estructura y la capacidad para dar soluciones.<sup>24</sup>

Sob essa mesma perspectiva, Salgado divisa que:

El Estado teme su debilitamiento tanto interior como exterior. Su reacción, reforzada por la inercia histórica y burocrática, será frenar la progresión regional, invocando todo tipo de razonamientos (la legalidad tanto nacional como internacional, el interés general, la eficacia y eficiencia, etc.)<sup>25</sup>

Entre nós, a reação à paradiplomacia, sobre esse eixo, encontra, por exemplo, amparo no pensamento mercê do qual “um projeto de emenda Constitucional que propusesse a extensão aos estados do poder de celebrar tratados, conspiraria contra a forma federativa do Estado brasileiro, e não poderia sequer ser objeto de deliberação, conforme estabelece o Artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição”.<sup>26</sup> Esta posição, contudo, encerra um equívoco. Deveras, uma emenda constitucional com esse conteúdo, ao invés de ser tendente a enfraquecer a federação brasileira, voltar-se-ia, isso sim, a fortalecê-la, na medida em que fortaleceria a

---

24 KRÄMER, Raimund. *Las relaciones transfederadas de los länder de Alemania Oriental. El caso de Brandeburgo*. In: <http://www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/kramer.html>, 11. 06.2017, p. 4.

25 SALGADO, Argimiro Rojo. *La Regionalización de la Unión Europea: balance y perspectivas. Seminario sobre “La participación de las Regiones en el proceso decisorio de la Unión Europea”*. Sevilla, 20 y 21 de junio de 2002, p. 11.

26 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 99.

atuação dos governos não centrais voltados para políticas sociais dirigidas à realização da competência material comum estabelecida na própria Constituição. Além disso, avultar-se-ia em completa consonância com o princípio da subsidiariedade, que democratiza e fortalece a expansão do poder ascendente. É dizer, seja eideticamente, seja nos planos da existência ou da funcionabilidade, nem de longe a cogitada emenda “estaria solapando as bases do federalismo e instituindo, ainda que subrepticamente, a confederação”, como entende Tatiana Prazeres, segundo afirma Lessa.<sup>27</sup>

Demais, não se constituiria óbice à cogitada emenda constitucional, o fato de que os entes governamentais não centrais não gozam de personalidade jurídica de Direito Internacional. O mundo globalizado está apto a expungir esse dogma em defesa de posturas mais flexíveis e consentâneas com o primado da dignidade da pessoa humana, enfim, do homem como sujeito de Direito Internacional.

No mais, é preciso se ter em mente que se o tratado acarreta encargos gravosos ao patrimônio nacional, evidentemente esse tratado extrapola os limites de ação dos Estados ou dos Municípios. Significa dizer: não se situa no âmbito da competência material destes entes federativos, pois se o assunto, objeto do tratado, envolve interesse a ponto de atingir o patrimônio nacional, resta evidente que o interesse local foi suplantado e a atuação paradiplomática, aí sim, seria ilegítima.

Sob esse prisma, percebe-se que a onerosidade não pode ultrapassar a barreira da autonomia, ou seja, da competência local. Quer se dizer, com isso, que os entes federados não centrais não podem se obrigar externamente em extensão maior do que aquela que internamente, em decorrência de sua autonomia, podem fazê-lo, sem que, para tanto, necessitem do aval do poder central. Assim, havendo onerosidade ao patrimônio local, a casa legislativa da autonomia deve intervir no processo para aprovação do tratado. Com isso, os parâmetros de simetria da federação estariam respeitados.

Ademais, convém perceber que, em se tratando de operações externas de natureza financeira, a Constituição exige a autorização pelo Senado (art. 52, V), porque o endividamento, neste caso, exige a presença da União como garantidora. Daí a necessidade de se analisar a capacidade de endividamento e de resgate. Essas operações são exatamente aquelas em que a extensão de seu conteúdo implicam numa onerosidade que extrapola aquela que Estados e Municípios possam assumir nas contratações internas.

Nesse ponto, tem razão Lessa quando imprime elastério hermenêutico ao conceito de “patrimônio nacional” sob inferência dos arts. 23, III, IV, VI e VII; 24, VII e 216 da Constituição, para fazer ver que:

Por “patrimônio nacional” devemos entender, além dos recursos do Tesouro Nacional e dos ativos contábeis da União, o patrimônio físico nacional (território, rios, lagos e mares, a plataforma continental, florestas, fauna e flora, recursos naturais, o meio ambiente, sob a perspectiva de sua qualidade, e os ativos físicos: imóveis, instalações, estradas, frotas terrestres, naval, etc.); o patrimônio artístico e cultural (obras de arte, documentos, monumentos e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, bens e direitos de valor artístico, estético, turístico ou paisagísticos, sítios arqueológicos); o patrimônio intelectual e científico (obras científicas, patentes)...<sup>28</sup>

27 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 99.

28 LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002, p. 100.

Contudo, a amplitude do conceito de “patrimônio nacional” não se presta para amesquinhar a competência dos entes federados não centrais a ponto de impedir atuações paradiplomáticas nestas áreas. Ora, é exatamente no campo de atuação comum, onde a inércia dos governos centrais se divisa, que os governos locais partem, como se viu, para uma atuação internacional. O que se precisa definir é a linha demarcatória, a partir da qual a operação se possa dizer onerosa ao patrimônio nacional, já que a atuação na esfera do que se considera patrimônio nacional não é defesa. Ao fito de colocar luzes nessa zona cinzenta, tome-se em consideração a seguinte situação: a União repassou a determinado Estado recursos financeiros da ordem de 20 milhões de Reais para aplicação na área de ciência e tecnologia. Admita-se que este Estado resolveu incrementar sua atuação no campo específico da inseminação artificial animal, visando a melhoria da qualidade de seus rebanhos bovinos e, conseqüentemente a expansão da exportação de carnes. Para tanto, deflagrou uma licitação internacional, onde um Estado soberano qualificou-se e sagrou-se vencedor para fornecimento das técnicas de inseminação. Essa contratação, conquanto se estabeleça entre um Estado estrangeiro e um ente federativo não central brasileiro, não passará pelo crivo do Senado Federal. Todavia, é evidente o caráter oneroso em face da contraprestação financeira com recursos federais repassados pelo governo central. Mas porque motivo não se submeterá ao crivo do Senado nos termos do art. 52, V, a resposta, dir-se-á: as operações ali previstas implicam em assunção de compromissos gravosos, diversa, portanto, da natureza da ocorrida. A ideia é realmente de onerosidade, de gravame. Portanto, suponha-se, de outra parte, que um Estado ou um Município acorde com um Estado estrangeiro a obtenção de um empréstimo de ordem de 20 milhões de Reais, recursos voltados para aplicação na área de educação e cultura, destinados à construção de escolas. Inquestionavelmente o ente federado estará atuando na esfera de sua competência material fixada na Constituição, mas esta operação, ao contrário daquela anteriormente examinada, destila efeito a ponto de atingir o “patrimônio nacional”, na medida em que implica em aumento da dívida pública externa e impõe, a todo modo, a atuação do Senado, ao escopo de analisar a capacidade de endividamento e de resgate da unidade federada. Muito se tem discutido para saber se a competência seria realmente do Senado ou do Congresso, em face do comando emergente do art. 49, I, da Carta. Divisa-se a competência do Senado porque é órgão de representação dos Estados no governo central, causa justa do mandamento insculpido no art. 52, V, mas a incursão por este campo escapa dos limites deste artigo.

Enfim, divisar, como ínsita ao princípio do federalismo a possibilidade de governos não centrais irromperem relações internacionais, a ponto de celebrarem tratados no âmbito de sua competência material e legislativa, não deve, como já se assentou, constituir causa de receio de transformar a federação, porque fortalecida, em confederação. Os limites da atividade paradiplomática e protodiplomática tornam-se perceptíveis quando se considera o conteúdo das relações internacionais travadas pelos governos locais e divisa-se um desbordamento da competência material a eles deferida pelo pacto político. Isso, repita-se, não deve constituir receio para travar a paradiplomacia. O governo central deve estar atento a deflagração de relações internacionais pelas unidades federadas locais, em matéria que desborda do seu interesse, porque, fora do âmbito de sua competência, atinge o interesse nacional, a ponto de configurar usurpação da competência dos órgãos centrais, arranhando o pacto federativo, na medida em que fere o princípio unitário, sendo que para golpes à unidade da federação, vazados em ações no campo da protodiplomacia, o remédio extremo seria a intervenção, que se justifica no Estado federal exatamente em defesa do princípio unitário. Fora dessa hipótese, o campo de atuação paradiplomática é muito grande em razão da amplitude do elenco de competência material comum.

De qualquer modo, o guarnecimento jurídico da paradiplomacia, no Brasil, não reclama a edição de normas expressas, nem constitucionais, nem mesmo legais. Compreendida a Cons-

tituição como um sistema aberto de princípios e normas, poderá o intérprete, sem maiores dificuldades, nela guarnecer a atividade paradiplomática desenvolvida pelos Estados e Municípios. Para tanto, é preciso, de fato, afastar a ideia liberal-legal que restringe o Direito à norma. E norma expressa.

Efetivamente, se se compreender que em respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta), a fim de alcançar os objetivos traçados no art. 3º, estão legitimadas as ações de todos os entes federados ao atuarem no estrito limite de suas competências, não se pode pechar de ilegítima a ação dos entes governamentais não centrais voltadas ao declarado escopo, ainda que, para tanto, incursionem no campo das relações internacionais, mantendo contato com idênticas autonomias ou mesmo com Estados soberanos ou organismos internacionais.

Essa atuação torna-se constitucional porque o princípio da subsidiariedade é princípio decorrente do federalismo. É dizer, onde houver federalismo, ou seja, no Estado em que a Constituição adota a forma federativa, necessariamente se justificam e se tornam constitucionais as ações dos entes federados voltadas para satisfação daquele princípio, que propugna, em resumo, por propiciar uma maior participação popular nas tomadas de decisão, ensejando nas esferas de poder locais o espaço mais propício para tanto, sobretudo porque os governos locais melhor conhecem os problemas cotidianos de suas comunidades.

É também, aliás, por essa ordem de ideias que, não obstante ausência de previsão expressa na Constituição, admite-se a edição de Medida Provisória pelos chefes do Executivos Estaduais e Municipais. Aplica-se o princípio da simetria das formas, decorrente do princípio do federalismo para legitimar tais normas quando voltadas para o âmbito da competência local.<sup>29</sup>

Não se faz necessário, portanto, modificação no texto constitucional, muito menos legal, como defende Lessa, aproveitando a proposição de *lege ferenda* alvitada pelo sempre lembrado professor Cachapuz que propugna “a adoção de uma lei geral de aplicação das normas jurídicas, ou alguma outra forma de regulamentação específica da tramitação dos tratados internacionais, negociada entre os poderes Legislativo e Executivo”, para, nesse mesmo texto, normatizar a paradiplomacia.<sup>30</sup>

Como procedimento extradogmático, a paradiplomacia encontra legitimidade na própria Constituição, quando proclama como forma de Estado a federação, donde se avulta a subsidiariedade como princípio constitucional decorrente no Estado brasileiro, fornecendo conformação jurídica suficiente para validação desse fenômeno, quando se processe nos limites da repartição de competência, tudo de acordo com os artigos 1º, 18 e 21 da Constituição, e sem estabelecer ônus ao “patrimônio nacional”, que não poderia ser assumido pelo ente federado, no exercício de sua competência, no âmbito das relações internas.

Se de todo modo prosperar a necessidade de quadro normativo expresso para imprimir legitimidade à paradiplomacia, talvez se avulte de bom alvitre admitir-se a comunicação prévia do começo das negociações, que ensejaria autorização tácita para a conclusão do tratado, se o Senado não se manifestar no prazo de 60 dias.

29 Admitindo a validade Medidas Provisórias editadas por Estados vale conferir no STF o julgamento proferido na ADIN 425-TO, sobretudo a resenha sobre este julgado que consta do Informativo do STF nº 289, com ampla exposição doutrinária sobre o tema.

30 CACHAPUZ DE MEIDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 481.

## CONCLUSÕES

As considerações precedentes permitem as seguintes conclusões:

1. O desenvolvimento pelos governos não centrais de atividades paradiplomáticas que vão desde viagem e visitas oficiais, promoções no exterior em feiras e outros eventos até a celebração de tratados, seja institucionalizada, vale dizer, com autorização expressa em texto constitucional, seja não institucionalizada, quando se resente de previsão normativa expressa, tem se revelado fenômeno em expansão.

2. A paradiplomacia não institucionalizada configura procedimento extradogmático legítimo, quando o ente federado regional ou local atua no âmbito das relações internacionais nos exatos limites da competência material que lhe confere a constituição. Essa atuação se erige em amparo ao princípio da subsidiariedade, que exige, numa federação, uma maior participação da comunidade e dos governos locais no processo de decisão, indo ao encontro da moderna concepção democrática com preocupação voltada para o fenômeno da expansão ascendente do poder, em detrimento do tecnicismo burocratizante e centralizador dos governos centrais.

3. Para tanto, “o importante é compreender que a gestão das cidades (*ou regiões*) ou a universalização dos direitos civis através do poder local, não podem estar desligados da forma como se articulam o corpo social que intervém efetivamente no cotidiano das cidades. Isso implica entender que é na mediação da sociedade civil que se exprime, sem dúvida, o papel principal das instituições locais. A materialização desta mediação é que pode levar o local a desempenhar funções estratégicas na integração das demandas sociais, na redistribuição dos serviços e recursos e na construção de uma esfera pública ampliada que implique em maior participação, controle social e parcerias com diferentes agentes públicos e privados”<sup>31</sup>.

4. No Brasil, a paradiplomacia não institucionalizada encontra conformidade jurídica quando se considera a Constituição como um sistema aberto de normas e princípios, de modo a admitir que tal procedimento extradogmático se comporta na concepção principiológica da federação (princípio do federalismo, princípio unitário e princípio da subsidiariedade), não se avultando a necessidade de reforma constitucional ou de disciplinamento infraconstitucional para imprimir legitimidade ao fenômeno, a não ser que se conceba o Direito como um sistema autoprodutivo e autorreferente, reduzido à norma escrita, a ponto de não se admitir a existência de princípios implícitos e decorrentes de outros princípios, até mesmo de natureza constitucional.

5. Enfim, não se deve perder de vista que a expansão da atividade paradiplomática desenvolvida por Estados e Municípios está em sintonia com a moderna tendência globalizante, que irrompe o cruzamento da “linha de fratura” entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, exigindo uma completa integração em benefício da eficácia do chamado *ius cogens*, concebido como um conjunto de normas supraconstitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana.

6. O desenvolvimento do Direito Internacional, do Direito Constitucional e das Relações Internacionais sob as novas perspectivas traçadas neste artigo conduzirá, sem dúvida, a progressos nas esferas das relações paradiplomáticas enfocadas, talvez conduzindo-as, no Brasil, para o campo da institucionalização. Se for este o caminho, ou mesmo permanecendo a atividade paradiplomática sob a forma não institucionalizada, o importante é que não se desvie do viés que a justifica, que não é outro, em última análise, senão abrir outras vias, em espaço maior, para a fundamentabilidade dos direitos humanos em benefício da dignidade da pessoa humana.

---

31 SOARES, José A Tendências Inovadoras na Gestão das Grandes Cidades Brasileiras. In: Seminário: *A reforma da Administração Pública no Brasil: possibilidades e obstáculos*. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 1998.

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Constituição. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>.
- ALEMANHA. Constituição. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>
- BÉLGICA. Constituição. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21393-21394-1-PB.htm>.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In : *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CACHAPUZ DE MEIDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- DIRSCHERL, Klaus. *A paradiplomacia de Bavaria*. In: <http://www.igadi.org/arquivo/te-seo3/a-paradiplomacia-de-bavaria.htm>.
- KRÄMER, Raimund. *Las relaciones transfederadas de los länder de Alemania Oriental. El caso de Brandeburgo*. In: <http://www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/kramer.html>.
- INDEB - Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense. In: <http://www.indeb.com.ar/investigacionorb.htm>.
- LESSA, José Vicente da Silva. *A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais*. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília, 2002.
- SALGADO, Argimiro Rojo. La Regionalización de la Unión Europea: balace y perspectivas. *Seminario sobre "La participación de las Regiones en el proceso decisorio de la Unión Europea"*. Sevilla, 20 y 21 de junio de 2002.
- SOARES, José A Tendências Inovadoras na Gestão das Grandes Cidades Brasileiras. In: *Seminário: A reforma da Administração Pública no Brasil: possibilidades e obstáculos*. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 1998.
- SUIÇA. Constituição. Disponível em: [https://www.ccisp-newsletter.com/wp\\_docs/Bundesverfassung\\_PT.pdf](https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf).
- ZUBIRI, Alexander Ugalde. *La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa*. In: <http://suseoo.su.ehu.es/euskonews/0139zkb/gaiar3904es.html>.

# A atuação socio ambiental das empresas transnacionais na ótica dos direitos humanos

Marcelo Benacchio<sup>1</sup>  
e Renata Mota Maciel Dezem<sup>2</sup>  
[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.02](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.02)

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Globalização econômica e a perda de soberania dos Estados na regulação da atuação das empresas transnacionais. 2. A evolução e atual compreensão dos direitos humanos. 3. As ofensas das empresas transnacionais ao meio ambiente e sua proteção a partir da efetividade dos direitos humanos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do exame da atuação das empresas transnacionais no mercado globalizado no aspecto de seus deveres sociais e ambientais. São conhecidas as dificuldades em se estabelecer um paradigma de atuação que respeite os direitos humanos em todas as suas dimensões.

Esse quadro é agravado pelas dificuldades de regulação das empresas transnacionais em decorrência do enfraquecimento do Estado-nação no aspecto do exercício de sua soberania.

Uma empresa transnacional atua em várias soberanias e, normalmente, o exercício de seu poder econômico é superior aos dos países em desenvolvimento nos quais exerce sua atividade.

A produção em escala mundial procura os menores custos de mão de obra e legislações menos protetivas quanto aos direitos trabalhistas e ambientais. A presente pesquisa responderá essas questões e, sob o fio condutor dos direitos humanos, sugere um regramento à atividade econômica transnacional.

Para tanto, analisa a globalização em seu aspecto econômico em paralelo com a perda de soberania dos Estados em razão da realidade social atual. Segue pelo exame da evolução e compreensão dos direitos humanos na ordenação social e os modelos para sua proteção.

---

1 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São tratadas as ofensas ao meio ambiente pelas empresas transnacionais e sugeridos paradigmas científicos para efetividade da proteção ao ambiente a partir dos direitos humanos.

Por fim, são apresentadas as conclusões das indagações postas no desenvolvimento do presente estudo. O método utilizado é hipotético-dedutivo por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

## **1. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A PERDA DE SOBERANIA DOS ESTADOS NA REGULAÇÃO DA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS.**

A partir dos anos oitenta do século XX o incremento das novas tecnológicas tem transformado as relações sociais em decorrência de novos modelos de produção industrial e de serviços, trabalho e mercado financeiro.

As relações jurídicas antes regidas pelas soberanias estatais passaram a ocorrer em um espaço internacional, modificando as relações entre os Estados, as pessoas e mesmo do ser humano consigo mesmo.

Atualmente, com raras e irrelevantes exceções, o espaço internacional passou a influenciar os espaços nacionais, havendo dificuldades em se estabelecer os limites entre uma ordem nacional, conhecida e estabelecida e outra, internacional, cujos limites são sentidos, mas dificilmente situados.

A globalização no final do século XX e início do século XXI passou a ditar os comportamentos das pessoas e a demonstrar, a todo o momento, a ineficiência das soberanias estatais para o controle da intensa troca de informações, mercadorias e movimentação de pessoas.

Este estudo limita-se ao aspecto econômico da globalização, especialmente, a organização empresarial abarcando vários países na atividade de produção e distribuição de produtos e serviços, a crise de soberania do Estado Nação e as dificuldades na proteção do meio ambiente, o que ofende as bases dos direitos humanos.

A empresa no mercado globalizado passa a ser considerada transnacional por atuar em várias soberanias na busca dos menores custos de produção, de tributação e, principalmente, legislações mais flexíveis acerca da proteção das pessoas e do meio ambiente.

O poder, antes monopólio do exercício da soberania pelos Estados, passa a ser partilhado com as empresas transnacionais, cujo poder econômico supera o de muitos Estados, notadamente os países mais pobres e os em desenvolvimento.

As empresas transnacionais afirmam e exercem seu poder sem sujeição às soberanias dos Estados. Assim, o paradigma do Estado moderno, fundado em fronteiras e no estabelecimento de direitos democráticos destinados à proteção de seus cidadãos, ligados normalmente por uma cultura, língua e religião comuns, não têm mais êxito na regulação jurídica dessas empresas, sendo frequente a ameaça da saída do território nacional e a busca de países que concedam maior liberdade para o exercício globalizado da atividade econômica empresarial.

Acerca da mobilidade das empresas transnacionais à procura de um “mercado de direitos” mais adequado a seus lucros, são precisas as proposições de Manuel Couret Branco<sup>3</sup>:

Se a livre circulação do capital permite que uma empresa se desloque para outro território onde os custos sociais são mais baixos, colocando sérios problemas às economias valorizam a proteção social dos seus cidadãos, isso resulta justamente das pressões efetuadas nesse sentido pelo capital internacional no seio das organizações que regulam as relações económicas inter-

---

3 BRANCO, Manuel Couret. *Economia política dos direitos humanos*. Lisboa: Sílabo, 2012, p. 142.

nacionais, o mesmo se podendo dizer, aliás, da liberdade de trocas que beneficia, justamente os países que apresentam os mais baixos custos de produção em detrimento daqueles que suportam os encargos da proteção social.

Marcelo Benacchio e Diogo Basilio Vailatti<sup>4</sup> comentam o enfraquecimento do Estado-nação na atualidade nos seguintes termos:

Assim, notou-se nas últimas décadas o verdadeiro esfacelamento do Estado-nação, o qual inserido dentro do contexto da globalização e do Supercapitalismo cedeu espaço para as empresas transnacionais e, por conseguinte, aos mecanismos de mercado. É justamente neste contexto que a sociedade moderna impregna os valores do mercado no seu sistema cultural, social e político.

Decorrente de todo o contexto aqui traçado é que as empresas são apontadas como as instituições vitoriosas do final da dicotomia real entre capitalismo-socialismo que ocorreu no final do século XX. E isso ocorre em função de tais empresas possuem poderio econômico, financeiro, técnico e informacional em muito superior ao do Estado-nação, o que permite que migrem partes de seu setor produtivo para países em desenvolvimento em busca de menores tributações, salários e, conseqüentemente, não propiciem condições para efetivar os Direitos Humanos em tais localidades. Tudo em busca do aumento do lucro de forma indiscriminada, independentemente da existência de um sistema global de proteção dos Direitos Humanos.

O modelo econômico de produção globalizado é o capitalismo, com sua conhecida e antiga problemática de acumulação de riqueza e exploração dos economicamente mais fracos.

O sistema de produção capitalista, ordenado pelo Estado Democrático de Direto, obteve fundamentais avanços para a sociedade moderna, com a melhora do processo produtivo, o avanço do conhecimento científico, a criação da tecnologia da informação e, até mesmo, a concretização e evolução dos valores democráticos e ideais da Revolução Francesa.

Uma economia em bom funcionamento é fundamental para boas condições de vidas das pessoas, propiciando a satisfação de suas necessidades materiais, viabilizando direitos sociais e a solidariedade entre os povos.

Na atual organização mundial, não é possível o desenvolvimento das potencialidades e o atendimento das necessidades humanas sem uma economia organizada, eficiente e destinada, esse o principal aspecto, ao bem de todos.

As ordens constitucionais têm se preocupado com a ordenação da economia, como pode ser constatado no artigo 170, *caput*, da Constituição Brasileira, e no artigo 128 da Constituição Espanhola.

CB. Artigo 170, *caput*.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

CE. Artículo 128

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

---

4 BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (Organizador). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016, p. 17/18.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Essas previsões fixam deveres de solidariedade aos titulares da livre iniciativa econômica, os quais, para além dos próprios interesses, devem observar os direitos das outras pessoas, justamente em razão da melhora das condições de vida de todos depender do exercício da atividade econômica guiada pelo Estado.

Marcelo Benacchio<sup>5</sup>, ao tratar da relação entre o atendimento material das necessidades do ser humano e o mercado afirma:

Não obstante, há um aspecto material de manutenção da dignidade humana a exigir recursos patrimoniais mínimos destinados à realização do ser humano em sua plenitude, na forma prevista no ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa.

Essa situação é tratada como direito ao mínimo existencial ou patrimônio mínimo, constituindo-se do indispensável à sobrevivência digna do homem, tido o patrimônio como meio destinado à realização da pessoa humana (fim).

É no mercado que o ser humano retira os bens necessários à garantia de sua existência física, garantindo a manutenção da vida.

Desse modo, no mercado capitalista, segundo as regras jurídicas e econômicas que o regem, serão realizadas as trocas necessárias para obtenção dos bens (alimentos, vestuário, moradia, etc.) e serviços (saúde, educação, cultura, etc.) necessários à manutenção da vida humana digna.

Mesmo nas hipóteses de auxílio estatal à subsistência das pessoas, o Estado, no mais das vezes, obtém no mercado os bens e serviços necessários à sua atuação positiva.

Quanto melhor o funcionamento do mercado capitalista, maior riqueza será gerada e, por consequência, haverá maior possibilidade para o atendimento das necessidades humanas.

Portanto, o desafio da pós-modernidade é temperamento entre os valores do mercado capitalista e a dignidade da pessoa humana.

A globalização econômica, com a conseqüente falta de um poder para sua ordenação, tem gerado graves problemas aos seres humanos, desde o trabalho em condições equiparadas à escravidão, o labor de crianças e a degradação ambiental.

Deixar o mercado aos seus próprios interesses (individuais) é contrário a toda a evolução social experimentada até o início do século XXI, porquanto a solidariedade não é praticada de modo voluntário pelas organizações empresariais globalizadas.

Os danos ambientais causados pelas empresas transnacionais no exercício de suas atividades são recorrentes em todo planeta.

A título de exemplo, no Brasil, na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, no dia 25 de janeiro de 2019, houve o rompimento da barragem situada no Córrego do Feijão, destinada à deposição de 11,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos.

Essa barragem integrava as atividades da Companhia Vale S/A, empresa brasileira com atividade transnacional, sendo a maior produtora de minério de ferro e de níquel do mundo.

---

5 BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Silveira, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides. (Org.). *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

Além dos danos ambientais irreparáveis e em prejuízo às condições de vida de incontáveis pessoas, houve duzentos e vinte e oito mortos.

O valor dos danos perante o patrimônio da empresa foi de média relevância, portanto, na ótica puramente econômica essa situação foi absorvida como uma externalidade negativa a ser transferida aos adquirentes de seus produtos.

Ana Sofia Barros<sup>6</sup> menciona a necessidade da criação de uma ordem jurídica internacional com aptidão para evitar novos acidentes industriais:

A ocorrência de acidentes industriais em países de desenvolvimento, amplamente divulgados e mediatizados, como a tragédia em Bhopal, na Índia, e outros casos menos conhecidos de atividades industriais intrinsecamente danosas, entre eles, de poluição por mercúrio atribuída à fábrica Hundstan Lever, também na Índia, e de envenenamento por mercúrio pela empresa Thor Chemicals, na África do Sul, alertam para a urgência de uma nova ordem internacional – idónea para responder eficientemente às externalidades negativas da globalização e, perante forças de mercado sem freio, oferecer mecanismos efetivos de proteção aos indivíduos.

Apesar das referidas vantagens da globalização econômica, é necessário encontrar um paradigma de controle para a atividade das empresas transnacionais ao operarem no espaço de várias soberanias.

Interessantes são as proposições de Enrique Sáez Ponte<sup>7</sup>, a partir da criação de uma participação democrática global, são suas considerações:

En el mundo de hoy, salvo catástrofes que nadie debería desear, la globalización, aunque sufra paréntesis en su desarrollo, es casi inevitable, lo que afecta cada día mas a la soberania nacional. En un planeta tan conectado y poblado como el que tenemos no hay alternativa a seguir trabajando en conseguir un diseño institucional que permita que la democracia, sin sufrir un excesivo desgaste en sus características esenciales, se extienda más allá de los límites del Estado.

Sendo la globalización algo difícil de parar y la democracia la base de la legitimidad política y de las mejoras de los pueblos, lo que debe adaptarse es el modelo de soberania nacional.

A ideia de uma democracia global ou transnacional, como tem ocorrido com a União Europeia em grau regional, tem em sua base um poder internacional organizado e com efetividade para concretizar a condução dos rumos da atividade econômica no mercado globalizado.

Para além da União Europeia, ainda estão em desenvolvimento outras organizações semelhantes que podem fornecer um arquétipo de ordenação do mercado internacional a partir do respeito às pessoas e dos direitos sociais.

Nessa perspectiva, o respeito e a garantia dos direitos humanos encerram o paradigma de melhor adequação à regulação da atuação das empresas transnacionais no mercado internacional na atualidade.

Inclusive, esse pensamento está presente no âmbito das Nações Unidas em razão dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil.

O marco desses princípios envolve “proteger, respeitar e reparar” e devem ser implementados pelas empresas a partir de sua atuação diligente em matéria de direitos humanos.

---

6 BARROS, Ana Sofia. *Multinacionais e a deslocalização das indústrias perigosas*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 16.

7 PONTE, Enrique Sáez. *La libertad em el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 153.

Esses princípios foram qualificados pela Organização das Nações Unidas como “um passo sem precedentes”, porquanto, a seu juízo, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos criam um marco global com a finalidade de prevenir e afrontar os impactos negativos derivados da atividade econômica das empresas transnacionais.<sup>8</sup>

## 2. A EVOLUÇÃO E ATUAL COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS.<sup>9</sup>

Apesar da existência de vários registros históricos acerca da proteção dos direitos do homem a partir do século VIII a. C., é relativamente recente a noção do reconhecimento dos seres humanos como categoria geral.<sup>10</sup>

Os documentos ingleses consistentes na Magna Carta, outorgada, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e a *Bill of Rights* de 1689, considerados antecedentes das declarações positivas de direitos, embora envolvessem limitação do poder estatal, não encerravam substancialmente declarações de direitos, por não se destinarem ao homem comum e sim a estamentos sociais específicos (nobreza, clero, etc.); estruturalmente são contratos feudais escritos voltados a obrigações concretas e não ao reconhecimento de direitos gerais.<sup>11</sup>

A partir da escola de direito natural e do pensamento iluminista houve profundas mudanças na compreensão dos direitos, ocasionando modificações estruturais em favor da individualidade de cada ser humano.

Até então, a teoria tradicional, guiada pelo pensamento de Aristóteles, concebia o homem como um animal político, que nascia na família, sob a autoridade paterna, e depois aperfeiçoava sua natureza em um grupo maior – a *polis*. Essa concepção *orgânica* da sociedade objetivava a conservação do todo e preexistia ao indivíduo, antes a sociedade, depois o indivíduo.

Conforme ressalta Norberto Bobbio<sup>12</sup> havia necessidade de inversão dessa perspectiva, ou seja, caberia conceber uma hipótese racional, em desconsideração à origem histórica das sociedades humanas que considerasse o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e (com maior razão) político, num estado, como o estado de natureza, no qual não se constitui ainda nenhum poder superior aos indivíduos e não existem leis positivas que imponham esta ou aquela ação, sendo, portanto, um estado de liberdade e igualdade perfeitas, ainda que hipotéticas.

Na compreensão anterior à modernidade, o ser humano nascia preso a vínculos familiares e sociais, inserido em uma hierarquia preexistente, destarte, não nascia livre e tampouco igual aos outros seres humanos. Portanto, coube aos pensadores iluministas formularem um modelo teórico apto a garantir a liberdade e igualdade dos homens desde o nascimento, para tanto, criaram a hipótese de um estado originário, no qual não havia sociedade nem Estado, governado por leis naturais emanadas da razão.

Doravante, alicerçado em um aspecto ideal e contrário à história de formação das sociedades, estava estabelecido o princípio *dos homens nascerem livres e iguais*, permitindo a concepção

8 DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. Los principios rectores de las naciones unidas sobre las empresas y los derechos. In: LIESA, Carlos Fernández, e DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. *Empresas y derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2018, p. 37.

9 Este item foi elaborado com base na pesquisa desenvolvida para o artigo publicado pelo coautor Marcelo Benacchio, intitulado O ser humano como sujeito de direito: os direitos humanos (In: Furlan, Valéria C. P. [Org.]. *Sujeito no Direito: História e Perspectivas para o Século XXI*. 1ed. Curitiba: CRV, 2012, v. 01, p. 99-118).

10 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

11 FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 40/41.

12 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 117.

individualista de sociedade, primeiro o indivíduo (sem Estado e sociedade), depois a sociedade e o Estado por uma opção racional e autônoma do indivíduo.

Com isso, o ser humano, portador de uma situação única – a dignidade humana – passa a titular de direitos inatos concedidos meramente pela condição humana sem a necessidade de seu reconhecimento por uma ordem jurídica anterior.

A dignidade humana é uma categoria axiológica aberta de difícil conceituação em razão da pluralidade e diversidade de valores existentes nas sociedades democráticas contemporâneas, estando em constante processo de construção e desenvolvimento, como assevera Ingo Wolfgang Sarlet<sup>13</sup>.

Referido doutrinador, mencionando também os problemas de espaços e culturas para avaliação da afronta de determinada conduta à dignidade humana, entende como dignidade humana:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O *settecento* é um período muito importante para afirmação dos direitos humanos no ocidente, porquanto o pensamento iluminista fundado na escola de direitos naturais individuais, inatos e iguais para todos os homens acompanhados da ideia de soberania popular, permitiu aos filósofos iluministas o reestudo da sociedade pela aplicação prática na vida civil das teorias desenvolvidas, transformando a sociedade pelo poder político e o Direito. Guiados pela razão, motivo essencial da antropologia humanista, ocorre uma mudança no curso da história da humanidade com aversão à superstição, privilégios e estruturas de poder que imobilizavam o indivíduo conforme seu nascimento; nada disso deveria permanecer.<sup>14</sup>

Esse contexto social e filosófico permitiu o surgimento das primeiras Cartas de Direitos, ou seja, as Declarações Americana e Francesa. Interessante observar que apesar do nascimento da ideia de direitos humanos na Inglaterra, não foi nesse país que surgiram as Declarações de Direitos com vocação universalista, comentando essa questão Isabel Cabrita<sup>15</sup> destaca:

Como se disse, Locke foi em Inglaterra um ponto de chegada mas para outros países foi um ponto partida. Com isto pretendemos salientar que o pensamento de Locke sobre o Estado e o Direito teve uma enorme influência nas colónias inglesas da América do Norte e em França.

Além da filosofia de Locke, a própria experiência jurídico-política britânica teve um papel fundamental nas revoluções liberais do século XVIII. A Inglaterra foi até cerca de meados do século XVIII “o principal condutor do espírito europeu”.

A ideia de que os homens nascem livres e iguais em direitos e que o Estado, criado através de um contrato social, tem como fim proteger esses direitos, foi acolhida e, nalguns casos, desenvolvida por diversos filósofos e políticos no século XVIII (v.g. Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Thomas Paine, Thomas Jefferson, James Madison, Jean Joseph Mounier, Conde de Mirabeau, etc.) e acabou por desaguar nas Revoluções norte-americana e francesa.

---

13 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

14 FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 43/48.

15 CABRITA, Isabel. *Direitos humanos: um conceito em movimento*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 122/123.

As Cartas Americanas são as primeiras manifestações históricas do constitucionalismo moderno, ou seja, a corrente de pensamento que considera a Constituição como elemento essencial de um Estado de Direito; assim a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 e, meses depois, a Declaração de Independência, seguidas das declarações de outros estados até a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

Na França, a Revolução Francesa é um evento histórico que sanciona a abolição dos direitos feudais e o fim de uma organização social, econômica e política existente por séculos, cuja repercussão irradia-se para muito além do território francês e, ainda hoje, tem influência em todo mundo.

Essa ruptura institucional é assinalada para todo povo francês por meio de um documento, a Carta Francesa – A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

As Declarações Americana e Francesa são marcadas pelo binômio liberdade-individualismo<sup>16</sup> e, desse modo, tiveram aptidão para tornar inseparável o conceito de democracia e de direitos do homem, pois, sem a concepção individualista da sociedade não é possível justificar a democracia em virtude do pressuposto do indivíduo, pois todos os indivíduos detêm uma parte da soberania.<sup>17</sup>

Tais documentos setecentistas iniciam pela compreensão do indivíduo isolado, livre e igual a todos os outros, a somatória da decisão racional de união desses indivíduos forma a sociedade sem a perda da liberdade e igualdade.

Os três primeiros artigos da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789 tornam claro essa opção, assim, o art. 1º estabelece – *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*. O art. 2º refere: “objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem – e prossegue ao indicar esses direitos como – a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Finalmente, o art. 3º prescreve – o princípio da Soberania reside essencialmente na Nação.”

Noberto Bobbio<sup>18</sup> comenta a questão da seguinte forma:

O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder cabe à nação.

Desse modo, as Declarações Americana e Francesas, ainda que apresentem diferenças redacionais, expressam o mesmo pensamento filosófico e político – a liberdade e igualdade de todos os seres humanos, ou seja, a ideia de Direitos Humanos dirigida a todos os homens sem distinção.

Após as Declarações, o fenômeno da constitucionalização no século XIX determinou a inclusão de direitos humanos nas cartas constitucionais, em conformidade às particularidades de cada Estado. Com isso, há maior concreção em razão da positivação, todavia há perda do caráter universal, em razão de que os direitos somente valem internamente aos Estados que os reconhecem.

---

16 FACCHIN, op. cit., p. 42.

17 BOBBIO, op. cit., p. 101.

18 Idem, p. 93.

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano<sup>19</sup> comentam essa fase histórica nos seguintes termos:

Após a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão iniciou-se um processo de concretização ou de positivação constitucional de direitos. Com origem nos direitos naturais, os direitos humanos foram perdendo a característica universal e genérica, passando a ser positivados como direitos subjetivos estatais – e particularizados, portanto, sob a ótica de cada Estado.

A formação das classes operárias em decorrência da revolução industrial e as pressões para as melhoras de sua condição por meio de direitos ligados ao trabalho, organização sindical e seguridade social redundaram na origem da ideia de direitos sociais.<sup>20</sup>

A ideologia individualista dos direitos humanos no século XIX sofre um processo de erosão e impugnação em decorrência das lutas sociais. Estes movimentos reivindicativos evidenciaram a necessidade de ser acrescida uma nova ordem de direitos, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais foram paulatinamente *conquistados*<sup>21</sup> sob os auspícios políticos e jurídicos na passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.<sup>22</sup>

A intensificação do desenvolvimento técnico/industrial do século XIX foi aprofundada no século XX com a evolução do conhecimento humano, repercutindo na agregação à técnica, dominada pelo homem há séculos, pela tecnologia, cujo controle é imperfeito.

Nessa perspectiva, houve o surgimento de novas fontes de energia, técnicas de produção e, principalmente, o início da era digital; esse conjunto de inovações repercutiu em intensa mudança na organização social.

No século XX, Ulrich Beck<sup>23</sup> menciona o declínio do poder da ciência em virtude da existência de uma insegurança ínsita, aproximando expertos e práticos na racionalidade do conhecimento; o fim da contraposição entre natureza e sociedade desaguou na impossibilidade de se pensar a sociedade sem a natureza e vice-versa, e esse quadro, associado às circunstâncias sociais, determinou o surgimento da *sociedade do risco*, cujo controle não é possível ao ser humano.

A racionalidade e o império do progresso tecnológico não impediram os registros no século XX de intensas violações dos direitos humanos, como os regimes totalitários, a tentativa do extermínio de raças, o lançamento de duas bombas atômicas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, as duas Guerras Mundiais com cerca de 60 milhões de pessoas mortas apenas na Segunda Guerra Mundial, reconhecidas atrocidades à humanidade que estarreceram a comunidade internacional.

No final da Segunda Guerra Mundial, nas palavras de Fábio Konder Comparato<sup>24</sup> – “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana”.

---

19 SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significações e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

20 FACCHI, Alessandra. Op. cit., p. 107/110.

21 A expressão – “conquistado” – é empregada no sentido de ressaltar o fato dos direitos humanos não serem outorgados pacificamente, mas por luta árdua. Essa situação é nominada por Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (Op. cit., p. 184 e ss.) de Teoria da *dinamogenesis* como fonte dos direitos humanos.

22 LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 578.

23 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006, p. 113 e 273

24 Op. cit., p. 214.

Nesse contexto político-histórico é criada, em 26 de junho de 1945, em São Francisco (EUA), a Organização das Nações Unidas – ONU – objetivando promover a paz entre as nações, a proscricção da guerra de agressão e o respeito aos direitos do homem.

Diante disso, um dos atos iniciais da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi proclamar a Declaração de Direitos do Homem, pela aprovação unânime de quarenta e oito Estados, com oito abstenções, “porquanto os líderes mundiais acreditavam que para promover a paz era imprescindível proteger ao mesmo tempo os direitos do homem”.<sup>25</sup> Sem respeito aos direitos humanos não é possível convivência pacífica entre as nações.

A vocação universal dos direitos humanos, afirmada nas Declarações Americana e Francesa em seu primeiro momento histórico, perde em universalidade na fase seguinte, em decorrência da passagem da teoria à realização dos direitos por meio da constitucionalização havida no século XIX no âmbito interno dos Estados, todavia, a terceira e última fase, segundo Noberto Bobbio<sup>26</sup>, tem início com a Declaração de 1948, “na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva”, ou seja, é dirigida não aos cidadãos de um Estado, mas a todos os seres humanos, iniciando um processo de efetiva proteção dos direitos humanos.

A Declaração de 1948 encerra uma ética universal representativa do consenso de valores universais a serem seguidos pelos Estados, delineando “*uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana*”.<sup>27</sup> Essas características são claramente perceptíveis no Preâmbulo da Declaração de 1948, cujo conteúdo é o seguinte:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, [...]

25 SILVEIRA; ROCASOLANO, op. cit., p. 152.

26 BOBBIO, op. cit., 29-30.

27 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

Antes mesmo da adoção da Declaração de 1948 os Estados convencionaram a necessidade substancial da tradução dos princípios gerais em instrumentos juridicamente vinculantes. A estratégia utilizada foi a edição de uma Declaração geral compreensiva do conjunto dos direitos humanos – A Declaração de 1948, permanecendo na esfera regional, cujo grau de relativa homogeneidade política, ideológica e política facilitariam sua confecção, documentos atinentes a áreas específicas em concreção aos princípios gerais declarados.<sup>28</sup>

Nessa linha, no século XX há uma profusão de tratados sobre direitos humanos. Destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966<sup>29</sup>, não obstante as convenções sobre genocídio (1948), discriminação racial (1965), discriminação contra a mulher (1979), eliminação da tortura (1984), direitos da criança (1989) e trabalhadores imigrantes (1990).<sup>30-31</sup>

Há ainda o processo de regionalização dos direitos na busca da conjugação da vocação universal dos direitos com as particularidades de cada cultura. A regionalização dos direitos humanos contribuiu consideravelmente para difusão dos direitos humanos, permitindo a legitimação de visões particulares do mundo focando a mesma finalidade supranacional – tutelar a dignidade humana.<sup>32</sup>

O regionalismo dos direitos humanos é representado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e a Carta Árabe dos Direitos Humanos (1994).

A par das violações ocorridas, mesmo depois da Segunda Guerra Mundial, o século XX caracterizou-se pelo reconhecimento dos direitos humanos, enquanto uma das melhores ideias para proteção das pessoas no âmbito internos dos Estados e no plano internacional.

As intervenções humanitárias no período pós-guerra fria havidas na Somália, Bósnia, Ruanda, Kosovo e Timor-Leste foram alicerçadas na política internacional dos direitos humanos, por meio da compreensão criada no final do século XX acerca das dimensões de legalidade, moralidade e política dessas intervenções em nome dos direitos do homem, não obstante também ser frequente a existência de interesses econômicos, geopolíticos e ideológicos dos países com maior expressão mundial.<sup>33</sup>

Neste século o pensamento dos direitos humanos voltou-se à questão do multiculturalismo, universalização, inflação dos direitos humanos e, principalmente, como efetivá-los e garanti-los a todos os seres humanos independentemente do local onde nasçam e ou vivam.

---

28 CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Bari: Laterza, 2008, p. 41.

29 A divisão em dois Pactos (Direitos Cívicos e Políticos de um lado e doutro Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), segundo Isabel Cabrita (op. cit., p. 67), não decorreu das diferentes posições dos Estados Ocidentais e dos Estados do Leste a respeito dos direitos humanos, são suas palavras – *Efectivamente, o verdadeiro motivo da consagração dos direitos humanos em dois tratados internacionais foi uma razão pragmática: tornar mais fácil a vinculação dos Estados, supondo-se que relativamente aos direitos civis e políticos poderia haver uma mais rápida efectividade, ao passo que a dos direitos económicos, sociais e culturais estaria dependente do grau de desenvolvimento do país.*

30 CASSESE, op. cit., p. 44.

31 Conforme Flávia Piovesan (Op. cit., p. 161), comentando o aspecto da efetividade desses tratados na proteção dos direitos humanos, refere – *Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.*

32 PISANÒ, Attilio. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 53-57.

33 DONNELLY, Jack. *Universal human rights*. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 242-249.

Apesar do respeito às diferenças culturais das nações, a Declaração de 1948 aderiu expressamente aos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos<sup>34</sup>, enfim, trilha-se hoje o difícil caminho da efetividade dos direitos humanos em favor do gênero humano.

A efetivação dos direitos humanos em favor de todas as pessoas tem sido difícil por todo planeta.

O primeiro artigo da Declaração Universal de Direitos Humanos, em sua primeira parte, proclama “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Esse direito humano básico (liberdade e igualdade em dignidade e direitos) no novo milênio, para Antonio Cassese<sup>35</sup>, é negado a muitos seres humanos em várias partes do mundo, ao citar os exemplos atuais da venda e revenda de crianças na África, o tráfico de mulheres para prostituição e, também, práticas semelhantes à escravidão (escravos modernos), nas quais seres humanos com baixo grau de instrução e pobreza absoluta são traficados de países pobres para trabalharem em condições ofensivas à dignidade humana.

Seja como for, os direitos humanos são a melhor ideia para controle das ações ofensivas e à defesa e promoção da condição humana em todos os campos.

### **3. AS OFENSAS DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS AO MEIO AMBIENTE E SUA PROTEÇÃO A PARTIR DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.**

As ordens jurídicas nacionais têm implementado diversas normas jurídicas voltadas à proteção do meio ambiente, diante da conscientização da necessidade de proteção do meio ambiente em razão das agressões cada vez mais intensas a partir da primeira revolução industrial, agravadas no século XX e ainda problemáticas atualmente.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 225, *caput*, estabelece:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal condiciona o exercício de qualquer atividade econômica à defesa do meio ambiente natural, cultural, artificial e laboral em razão da incidência dos princípios do direito ambiental constitucional.<sup>36</sup>

As agressões ao meio ambiente, normalmente, repercutem no território de vários países, competindo um regramento da comunidade internacional para efetiva proteção. Somente pela conjugação das ordens nacional e internacional haverá proteção efetiva ao meio ambiente.

No plano internacional a proteção do meio ambiente está diretamente relacionada à proteção dos direitos humanos, em virtude da necessidade de um ambiente que possibilite qualidade de vida e o consequente desenvolvimento das pessoas.

34 TEDESCO, Francescomaria. *Diritti umani e relativismo*. Bari: Laterza, 2009, p. 35.

35 CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milano: Giangiocomo Feltrinelli, 2008, p. 33-36.

36 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; e DEZEM, Renata Mota Maciel (Org.). *Direito Empresarial: estruturas e regulação*. São Paulo: Uninove, 2018.

Ana Sofia Barros<sup>37</sup> com ímpar precisão menciona:

Em 1972, estabeleceu a Declaração de Estocolmo, no seu Princípio 1, que “(o) Homem tem o direito à igualdade, à liberdade e as condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe o dever solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações vindouras”. Sem grandes artefactos, tal asserção reflete o entendimento de que a proteção do ambiente e os direitos humanos são inseparáveis e inter-relacionados.

O direito a um ambiente sadio aparece consagrado, embora com redação ligeiramente diversa, em algumas convenções internacionais, como sejam, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, o “Protocolo de São Salvador” e a convenção de Aarhus. Paralelamente, foi também reconhecida em alguns instrumentos internacionais vinculativos a existência de um elo estreito entre a proteção do ambiente e o gozo de direitos humanos, nomeadamente, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 169 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, investida de efeito jurídico vinculante pelo Tratado de Lisboa.

A proteção do meio ambiente envolve um tema multidisciplinar, diante da complexidade das alterações que provoca no planeta. Tem sido difícil o encontro de um ponto de equilíbrio na exploração dos recursos naturais em um prisma de sustentabilidade econômica, social e ambiental.

Essas questões são mencionados por Luciano J. Alvarenga<sup>38</sup>:

A chamada “crise ambiental” é frequentemente referida entre seus estudiosos como uma problemática que concerne aos limites materiais (físicos, ecológicos etc.) da biosfera, em face de uma demanda crescente por recursos naturais para servirem como insumos em diversos processos produtivos de alcance mercadológico planetário (agricultura, mineração, indústria petrolífera etc.). No que concerne às respostas ante tal crise, têm vindo a predominar concepções que enaltecem o papel da técnica: afirma-se que o conjunto de problemas derivados do paradigma dominante de desenvolvimento, nomeadamente os de índole ecológica (alterações climáticas em escala global, contaminação de ecossistemas, erosão da biodiversidade, desmatamento etc.), podem ser superados, ou ao menos mitigados, por avanços tecnológicos nos diversos campos do saber, inclusive no jurídico. A crise ambiental seria, então, solucionável pela técnica – como se a “tecnociência”, denominação preferida por alguns, guardasse secretamente as respostas para problemas que, em parte, ela própria está a criar. Seyyed Hossein Nasr dirá, a propósito, que se toma como anseio, paradoxalmente, “[...] remover os problemas causados pela destruição do equilíbrio entre o homem e a natureza através de uma maior conquista e dominação desta última”. Quanto ao Direito, particularmente, ao Direito Ambiental, é de se esperar que tal visão de mundo resulte no entendimento de que preceitos normativos e instrumentos processuais concebidos para efetivá-los, como manifestações da tecnologia jurídica, bastam como respostas à referida crise.

No aspecto de nossa pesquisa é relevante observar que as empresas transnacionais frequentemente causam danos ao meio ambiente justamente pela procura de países com legislações menos rígidas e ainda pela influência econômica sobre governos que necessitam da atividade daquelas a qualquer custo.

Essa atuação, como ocorreu no caso de Brumadinho, no Brasil, já referido, repercutem na permanência da agressão ao meio ambiente enquanto condição do exercício da atividade empresarial transnacional.

---

<sup>37</sup> Op. cit., p. 141.

<sup>38</sup> ALVARENGA, Luciano J. Introdução crítica ao direito ambiental: Propedêutica, interdisciplinaridade e teleologia. In: FARIAS Talden, Farias, e TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

As atividades que impactam o meio ambiente por seu potencial poluente comumente são realizadas em países mais vulneráveis e suscetíveis a essas práticas, sendo raras atividades degradadoras em países desenvolvidos e centrais.

Os Estados que sofrem os danos ambientais frequentemente são incapazes de adotar ações efetivas para proteção dos direitos humanos e do ambiente ante as dificuldades, ou mesmo a relutância, em exigir os padrões internacionais sobre as atividades das transnacionais, em razão do interesse e dependência daqueles para o cômputo de seu produto interno bruto.

Um modelo de efetividade é construído desde a responsabilização da empresa transnacional pelas lesões ao meio ambiente provocadas nos países onde atua aplicada em seu “Estado de residência”, compreendido como o local no qual é exercido o controle e planejamento da atividade transnacional, incluindo as subsidiárias. Assim, o “Estado de residência” é o “Estado onde está fixada a sede estatutária da multinacional, que é sua empresa mãe”.<sup>39</sup>

Desse modo, por essa tendência, haveria a responsabilização da transnacional pelos danos ambientais causados em outra localidade no Estado onde está situado seu controle, desde que no local dos danos haja dificuldades ou falta de interesse para a responsabilização pela violação de direitos humanos decorrentes de catástrofes ambientais.

Outro elemento utilizado para a proteção do meio ambiente por meio do incentivo de comportamentos positivos voluntários é a responsabilidade social empresarial (RSE), porquanto “el compromiso voluntario de la empresa en el mantenimiento del medio ambiente no tiene consecuencias beneficiosas sólo para la propia entidad, sino también para el entorno”.<sup>40</sup>

Nessa linha, haveria preocupação das empresas transnacionais em serem detentoras de um selo verde para atrair seus consumidores e distingui-las de seus competidores.

A proteção do meio ambiente e dos direitos humanos são interdependentes, tanto a degradação do meio ambiente como as mudanças climáticas acabam por afetar o conjunto de direitos humanos.

A dignidade humana, base dos direitos humanos, também tem uma dimensão ambiental. A respeito afirmam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>41</sup>:

[...] não nos parece possível excluir de uma compreensão necessariamente multidimensional e não reducionista da dignidade da pessoa humana, aquilo que se poderá designar de uma dimensão ecológica (ou, quem sabe, formulado de um modo integrativo, socioambiental) da dignidade humana, que, por sua vez, também não poderá ser restringida a uma dimensão puramente biológica ou física, pois contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana (mas também a não humana) se desenvolve. É importante, aliás, conferir um destaque especial para as interações entre a dimensão natural ou biológica da dignidade humana e a sua dimensão ecológica, sendo que esta última objetiva ampliar o conteúdo da dignidade da pessoa humana no sentido de assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais amplo (e não apenas no sentido da garantia da existência ou sobrevivência biológica), mesmo que muitas vezes esteja em causa em questões ecológicas a própria existência natural da espécie humana, para além mesmo da garantia de um nível de vida com qualidade ambiental.

O direito humano de proteção ao meio ambiente está relacionado ao direito humano à saúde e vida digna, ao direito à terra e ao território e ao direito à alimentação.<sup>42</sup>

39 BARROS, Ana Sofia. *Multinacionais e a deslocalização das indústrias perigosas*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 19.

40 AMOR, José Antonio Fernández. Relaciones entre el poder financiero y la responsabilidad social em materia de medioambiente. In: AMOR, José Antonio Fernández, e DURÁN, Carolina Gala. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 252.

41 SARLET, Ingo Wolfgang, e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

42 PENTINAT, Susana Borrás. *Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 65/72.

A ofensa ao meio ambiente afeta a condição humana desde a violação ao conjunto de direitos humanos.

Poder-se-ia indagar se essa situação de empresas transnacionais com dificuldade de regulação de suas atividades e com frequente degradação do meio ambiente onde atuam seria um problema inédito.

A resposta é negativa.

A propósito, Miguel Ruiz Muñoz<sup>43</sup> faz uma interessante análise histórica dos conflitos havidos na Baixa Idade Média entre a atividade mercantil pré-capitalista e a moral cristã, quando comerciantes e clérigos discutiam a aplicação do direito canônico aos contratos comerciais.

A solução adotada foi a subordinação do contrato a considerações morais do ponto de vista social e econômico, permitindo a salvação das almas dos comerciantes.

Esse temperamento pelo fio condutor dos direitos humanos tem aptidão para mediar e resolver os conflitos atuais na busca de um comportamento das empresas transnacionais que não provoque degradação ao meio ambiente no exercício de suas atividades produtivas. O desafio é encontrar o equilíbrio entre interesses muitas vezes conflitantes.

## CONCLUSÃO

As empresas transnacionais são a resposta da globalização econômica no âmbito do direito empresarial. É normal que a internacionalização do mercado redundasse na criação de empresas com atuação mundial.

A atividade econômica melhorou as condições de vida das pessoas nos últimos séculos, sendo fundamental seu incremento para a continuidade do desenvolvimento humano. A soberania dos Estados em seu modelo tradicional é insuficiente para regulação da atividade econômica no âmbito internacional.

Essa crise de poder estatal permitiu às empresas transnacionais a realização de seus interesses corporativos, aumento de lucro, sem observar os interesses sociais. Superado o poder estatal, essas empresas passaram a buscar legislações menos rígidas acerca da proteção dos direitos trabalhistas e do meio ambiente.

Essa situação determinou uma série de problemas sociais e ambientais causados pelas empresas que afetaram os direitos humanos no plano nacional e internacional.

A forma de equilíbrio da atividade transnacional e a proteção das pessoas e do meio ambiente é a efetividade e proteção dos direitos humanos.

A compreensão dos direitos humanos enquanto normas jurídicas terá aptidão para estabelecer padrões éticos e morais voltados à concretização da dignidade humana e sua proteção.

A proteção dos direitos humanos no plano nacional e internacional permitirá o atendimento dos direitos de todas as pessoas, ordenando o mercado globalizado na busca do desenvolvimento humano, com a realização dos interesses sociais e de proteção do meio ambiente de todos.

O desafio está posto e a busca pelo equilíbrio entre esses interesses parece ser a grande tarefa da sociedade contemporânea.

---

43 MUÑOZ, Miguel Ruiz. "Lex mercatoria" y salvación del alma. In: LIESA, Carlos Fernández, e DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. *Empresas y derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2018.

## REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Luciano J. Introdução crítica ao direito ambiental: Propedêutica, interdisciplinaridade e teleologia. In: FARIAS Talden, Farias, e TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- AMOR, José Antonio Fernández. Relaciones entre el poder financiero y la responsabilidad social em materia de meioambiente. In: AMOR, José Antonio Fernández, e DURÁN, Carolina Gala. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BARROS, Ana Sofia. *Multinacionais e a deslocalização das indústrias perigosas*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.
- BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Silveira, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides. (Org.). *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BENACCHIO, Marcelo. O ser humano como sujeito de direito: os direitos humanos. In: Furlan, Valéria C. P. (Org.). *Sujeito no Direito: História e Perspectivas para o Século XXI*. 1ed. Curitiba: CRV, 2012.
- BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (Organizador). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANCO, Manuel Couret. *Economia política dos direitos humanos*. Lisboa: Sílabo, 2012.
- CABRITA, Isabel. *Direitos humanos: um conceito em movimento*. Coimbra: Almedina, 2011.
- CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Bari: Laterza, 2008.
- CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. Los principios rectores de las naciones unidas sobre las empresas y los derechos. In: LIESA, Carlos Fernández, e DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. *Empresas y derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2018.
- DONNELLY, Jack. *Universal human rights*. Ithaca: Cornell University Press, 2003.
- FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; e DEZEM, Renata Mota Maciel (Org.). *Direito Empresarial: estruturas e regulação*. São Paulo: Uninove, 2018.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- MUÑOZ, Miguel Ruiz. “Lex mercatoria” y salvación del alma. In: LIESA, Carlos Fernández, e DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. *Empresas y derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2018.
- PENTINAT, Susana Borrás. *Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*. Navarra: Aranzadi, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PISANÒ, Attilio. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita*. Milano: Giuffrè, 2011.
- PONTE, Enrique Sáez. *La libertad em el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang, e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significações e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEDESCO, Francescomaria. *Diritti umani e relativismo*. Bari: Laterza, 2009.



# Avances hacia el derecho global de la contratación pública

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.03](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.03)

**SUMARIO:** I. La tendencia hacia un Derecho global de los contratos públicos; II.- El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio; III.- El impulso de la contratación pública sostenible por el Derecho de la Unión Europea; IV.- La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas; Bibliografía.

## I. LA TENDENCIA HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La doctrina administrativista lleva años llamando la atención sobre el proceso de desarrollo del Derecho administrativo global<sup>1</sup>, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales.<sup>2</sup>

El Derecho administrativo global ha sido definido como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”<sup>3</sup>.

1 RODRÍGUEZ ARANA, J., “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 76 (2010), págs. 15-68; MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP* nº 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

2 Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., “The Emergence of Global Administrative Law”, *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL.M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf> consultado el 10 de octubre de 2018.

3 KINGSBURY, B., “The Administrative Law Frontier In Global Governance”, *ASIL proceedings 2005*, págs. 1 y ss.

KINGSBURY recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares.<sup>4</sup>

Pues bien, uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública.<sup>5</sup> En efecto, los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa.<sup>6</sup>

En este sentido, pueden destacarse tanto el Acuerdo de Contratación Pública (en adelante, ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y Ley Modelo de Naciones Unidas como las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial<sup>7</sup> y la OCDE.<sup>8</sup>

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), el Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, así como el protocolo de contrataciones públicas del MERCOSUR.<sup>9</sup> En el continente africano pueden destacarse las reglas aprobadas por la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC). Todas estas normas y acuerdos no vienen sino a corroborar la tendencia hacia la formación de un Derecho común de la contratación pública.

## II. EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El ACP de la OMC<sup>10</sup> fue firmado el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

4 KINGSBURY, B., "The Administrative Law...", *op. cit.*, págs. 4 y ss.

5 MORENO MOLINA, J.A., *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011.

6 Todos ellos elementos caracterizadores de la "gobernanza global", véase Stewart, R. B., "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).

7 Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>, fecha de consulta 18 de septiembre de 2018.

8 En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es [www.oecd.org/daf/nocorruption/](http://www.oecd.org/daf/nocorruption/) (fecha de consulta 18 de marzo de 2018).

Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudir a AAVV, "Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, N° 6, 2006, páginas NA 161 a 204.

9 Para el análisis de otros acuerdos internacionales en contratación pública resulta de interés acudir al documento elaborado por las secretarías de ALADI, COMUNIDAD ANDINA Y MERCOSUR en cumplimiento de los mandatos de la I Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones (Documento ALADI/MERCOSUR/CAN/15/2006, que puede consultarse en la dirección [www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf), fecha de consulta 4 de febrero de 2018).

10 Son partes en el ACP Armenia, Canadá, la Unión Europea en relación con sus 28 Estados miembros, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Corea, Liechtenstein, los Países Bajos en relación con Aruba, Noruega, Singapur, Suiza, Taipei Chino (Taiwán) y los Estados Unidos.

Se trata de uno de los acuerdos “plurilaterales” que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los Miembros de la Organización están obligados por él.

El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial.

De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación.

El Acuerdo se basa en un enfoque de lista inclusiones para determinar el ámbito de aplicación. En el Apéndice I del ACP se enumeran las entidades sujetas de cada país. En el Anexo 1 del citado Apéndice figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2 las de los gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3 todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquéllas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo, en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios si el valor de la compra sobrepasa unos umbrales determinados, que no son uniformes debido a que existen algunas diferencias entre los países signatarios; y si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del ACP.

El proceso para la revisión del ACP tuvo dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012.<sup>11</sup>

La nueva versión del ACP modificó tanto el Preámbulo, como los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994.<sup>12</sup>

El principal objetivo de la revisión del ACP ha sido impulsar una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y mejorar el marco en que este se desarrolla.

El artículo IV del anexo del Protocolo por el que se modifica el ACP enuncia y define los principios generales, que sistematiza en 6 apartados referidos a: no discriminación, uso de medios electrónicos, ejecución de la contratación, normas de origen, compensaciones y medidas no específicas de la contratación.

La nueva regulación mejora notablemente en cuanto a sistemática y contenido a la anterior versión del ACP, que dedicaba el artículo III al principio de “Trato nacional y no discriminación” y el artículo IV a las “Normas de origen”.

En primer lugar, el nuevo artículo IV sitúa al principio de no discriminación, que está en la esencia misma del propio ACP.

La definición del principio de no discriminación se recoge en el apartado 1 de precepto, que establece que “con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones cubiertas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que

---

11 Véase la página oficial de la OMC, [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/negotiations\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm), fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

12 ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011.

ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, concede a:

- a) los bienes, servicios y proveedores nacionales; y
- b) los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte.

En el apartado 2 del precepto se concreta que ninguna entidad contratante nacional dará a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; ni discriminará contra un proveedor establecido en su territorio en razón de que los bienes o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación son bienes o servicios de cualquiera de las otras Partes.

En relación con el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, el ACP obliga a las entidades contratantes a asegurarse de que la contratación se lleve a cabo utilizando sistemas de tecnología de la información y programas informáticos, incluidos los relacionados con la autenticación y codificación criptográfica de información, que sean accesibles en general e interoperables con los sistemas de tecnología de la información y los programas informáticos accesibles en general.

Asimismo, las entidades contratantes mantendrán “mecanismos que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado” (letra b) del apartado 3 del artículo IV).

Por lo que se refiere a la ejecución de la contratación, se prevé la obligación de respetar la transparencia e imparcialidad de forma que sea compatible con el ACP, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida. Se quieren evitar así, como señalan expresamente las letras b) y c) del apartado 4 del artículo IV, tanto los conflictos de intereses como las prácticas corruptas.

También contempla el precepto dedicado a los principios generales reglas sobre las normas de origen en las contrataciones cubiertas por el ACP, al prohibir que ninguna Parte aplique a los bienes o servicios importados de otra Parte o suministrados por otra Parte, unas normas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en el mismo momento en el curso de operaciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de los mismos bienes y servicios procedentes de la misma Parte.

Con respecto a las contrataciones cubiertas, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, solicitará, tendrá en cuenta, impondrá ni exigirá ninguna compensación.

Por último, hay una referencia a las medidas no específicas de la contratación en el apartado 7 del citado artículo IV. En concreto, se exceptiona la aplicación del principio de no discriminación a los derechos aduaneros y cargas de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma; al método de recaudación de dichos derechos y cargas; a otros reglamentos o formalidades de importación; ni a las medidas que afectan al comercio de servicios, que no sean las medidas que rigen las contrataciones cubiertas.

### **III. EL IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La principal norma del Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública es la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE<sup>13</sup>, que desde su primer

---

<sup>13</sup> Véase GIMENO FELIÚ, J.M., «Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública», *Revista de estudios locales*, nº 161 (2013), págs. 15 a 44 y “Las nuevas directivas -cuarta generación-

considerando resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE).

Se identifican estos principios con los reconocidos por “el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia” y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136).

A través de una consolidada doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública<sup>14</sup> –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y ss. TRLCSP)<sup>15</sup>–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH).<sup>16</sup>

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento.<sup>17</sup> El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores.<sup>18</sup>

---

en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159 (2013), págs. 39 a 106.

14 El artículo 4 de la Directiva 2014/24 fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos. La directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

(a) 5.186.000 EUR, en los contratos públicos de obras;

(b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;

(c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos;

(d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI.

15 MORENO MOLINA, J.A., “Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública* nº 178 (2009), págs. 175 a 213.

16 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.

17 Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)

18 Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora.<sup>19</sup> Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.<sup>20</sup>

Entre los objetivos principales de las Directivas 2014/23 y 24 se encuentra impulsar un uso estratégico de la contratación pública y así proponen que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la UE<sup>21</sup>, en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación<sup>22</sup>, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.<sup>23</sup>

Se propone así la inclusión en los contratos públicos de consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán recogerse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar, como exige la jurisprudencia del TJUE.<sup>24</sup>

En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras como condición de solvencia técnica.

#### IV.LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NACIONES UNIDAS

Los principios de transparencia y la no discriminación en la contratación pública, en los que se basan tanto el ACP como la Directiva 2014/24, son también las reglas principales que pretende garantizar la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

19 Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48.

20 Sentencia “Socchi di Frutta”, citada anteriormente, apartado 111.

21 Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios (Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, 2016 -informe presentado con arreglo al artículo 287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE-).

22 VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 349 y ss. y (2011) “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 1, págs. 16 a 24.

23 ALONSO GARCÍA, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 26, págs. 5 y ss., y PERNÁS GARCÍA, J. (2011), *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y (2012) “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, págs. 299-323.

24 Por todas, puede verse la sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis, asunto C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40.

La Ley Modelo fue aprobada por la CNUDMI en 1993<sup>25</sup>, si bien en julio de 2011 se consensuó un nuevo texto que ha reemplazado al original, haciendo hincapié en el uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

La Ley tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno.

La decisión de la CNUDMI<sup>26</sup> de formular un régimen modelo para la contratación pública se justificó, por tanto, en la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia. De ello, es fácilmente constatable que resultan ineficiencias en el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado.

Si bien es común a todos los países la necesidad de que su régimen y prácticas de la contratación pública sean eficientes, ello se requiere especialmente en muchos Estados en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición. En estos Estados, una gran parte de la contratación está en manos del sector público y muchos de los contratos adjudicados son para proyectos que forman parte del propio proceso de desarrollo económico y social del país.

Pues bien, hacia estos países está principalmente dirigida la “Ley Modelo” sobre contratación pública. Además, ésta puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de dicha contratación.

En consecuencia, el texto de la CNUDMI ha sido concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, susceptibles de servir de modelo a todos aquellos Estados que, por una u otra razón, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en la materia. Ahora bien, es preciso advertir que la “Ley Modelo” no tiene naturaleza contractual ni aspira a convertirse en Tratado internacional, es decir, desde el punto de vista jurídico formal, carece de toda fuerza vinculante para los Estados; se trata tan sólo de un “modelo” susceptible de inspirar las legislaciones estatales.<sup>27</sup>

En cuanto a su contenido, la “Ley Modelo” trata de significar los rasgos mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública. Sus objetivos principales son, en este sentido, desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar

---

25 El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

Los antecedentes de esta norma se sitúan en el 19 período de sesiones de la CNUDMI, celebrado en 1986, cuando ésta decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre este tema en octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría. Finalmente, el Grupo elaboró un Proyecto de “Ley Modelo” sobre los contratos públicos de bienes y de obras, que pasó a la Comisión para su aprobación.

26 La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio. En este sentido, la CNUDMI ha formulado durante los últimos 25 años convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”), leyes modelo (como la de arbitraje comercial internacional), así como el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

27 Este tipo de acuerdos son consideradas por la doctrina internacionalista como “Soft Law”, esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen (SEIDL-HOHENVELDERN, I., “International Economic ‘Soft Law’”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1979-II, págs. 173 y ss.).

un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. Por lo tanto, la norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos, quedando fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos (al igual que ocurre con el Derecho comunitario de la contratación pública). El régimen de la “Ley Modelo” va destinado básicamente a la contratación efectuada por “dependencias de la Administración pública y otras entidades o empresas del sector público” (artículo 2), y regula la contratación pública de bienes y de obras.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (2006), *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla.
- AAVV (2010), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid.
- AAVV (2006), “Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement”, *Public Procurement Law Review*, nº 6, páginas NA 161 a 204.
- ALLI, J. (2004), *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid.
- ANDERSON, R. D. (2007), “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4.
- ARROWSMITH, S. (2003), *Government Procurement in the WTO*, La Haya (Holanda), Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law, volumen 16.
- BALLBÉ, M. (2007), “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP* nº 174.
- GIMENO FELIÚ J.M. (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid y *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2016), “Contratación pública en el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA)”, [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_3-CETA-contratacion-publica\\_a42e6938%232E%23pdf/chk.3819594a9f80b2ae33ae795cbeec7025](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_3-CETA-contratacion-publica_a42e6938%232E%23pdf/chk.3819594a9f80b2ae33ae795cbeec7025).
- KINGSBURY, B. (2005), “The Administrative Law Frontier In Global Governance”, *ASIL proceedings*
- MEDINA ARNAIZ T. (2009), “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*, Florida, pp. 105 a 130.
- MIR PUIGPELAT, O. (2004), *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid.
- MORENO MOLINA, J.A. (2011), *Derecho global de la contratación pública*, Ed. UBIJUS y Foro mundial de jóvenes administrativistas, México D. F. (México).
- NIETO GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I. (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid.
- NIETO GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I. (2007) *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford.

- PINTOS SANTIAGO, J. (2013), “El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 128, págs. 66-69.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2010), “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, nº 6.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (1996), *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2010), “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 76, págs. 15-68.
- RODRIGUEZ ARANA, J.; MORENO MOLINA, J.A.: JINESTA LOBO, E. Y NAVARRO MEDAL, K. (2011), *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica).
- SCHWARZE, J. (1988), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. (1979), “International Economic ‘Soft Law’”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, II.
- STEWART, R. B. (2005), “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *68 Law and Contemporary Problems*, 15.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 349 y ss.



# Compliance tributario y contratación pública en España<sup>1</sup>

Pedro José Carrasco Parrilla

Centro Internacional de Estudios Fiscales

Universidad de Castilla-La Mancha

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.04](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.04)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El tránsito de una relación cooperativa al cumplimiento cooperativo. III. ¿Qué es el cumplimiento cooperativo? 1. Características del cumplimiento cooperativo. 2. Modelos de cumplimiento cooperativo. IV. La regulación en el derecho tributario español. 1. Antecedentes. 2. El Foro de Grandes Empresas. 2.1. El Código de Buenas Prácticas Tributarias. 2.1.1. Anexo al Código de Buenas Prácticas Tributarias. 3. El Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios. 3.1. Los Códigos de Buenas Prácticas de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios y el de Profesionales Tributarios. V. El principio de igualdad en el cumplimiento cooperativo. VI. Compliance en la contratación pública. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Podemos considerar el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos como la razón que justifica el cumplimiento de las obligaciones tributarias. En efecto, el art.31 de la Constitución Española establece el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica mediante un sistema tributario justo conforme, entre otros, a los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad.

Desde hace más de una década, y motivado por la globalización –entendida ésta en un sentido amplio– se ha generalizado el uso del término en inglés bajo la denominación “compliance”, que tiene su origen en la expresión proveniente del derecho angloamericano “compliance with the law”<sup>2</sup>, es decir, cumplimiento de la ley, de ahí que también se utilice la expresión “tax

1 Fecha de cierre de esta publicación: 23/07/2019. Esta publicación se enmarca en el Proyecto de investigación “El cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias en la era post BEPS: nuevos retos”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, a través del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D+i (PGC-2018-097713-B-I00)

2 Vid. GIMENO BEVIÁ, J.: *Compliance* y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Ed. Civitas, Madrid, 2016, pág.248. GARCÍA CAVERO, P.: *Criminal compliance*, Ed. Palestra, Lima, 2014, pág.9, se refiere al origen de la expresión proveniente del verbo en inglés “to comply with”, cumplir con.

compliance” para referirnos al cumplimiento de las obligaciones tributarias o en un sentido más amplio, de la ley tributaria o fiscal.

Ahora bien, el término compliance “es uno de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás. Por sí sólo no dice apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la ley (civil, penal, administrativa, laboral, del mercado de valores, etc.), pero también las directrices internas de la empresa y en especial su Código Ético”.<sup>3</sup>

La generalización en los distintos ordenamientos jurídicos del principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, junto con un impulso del desarrollo de programas de cumplimiento normativo, también en el ámbito tributario, que toman en consideración tanto la vigilancia como el control por parte de este tipo de contribuyentes, con la finalidad de evitar posibles actuaciones sancionadoras, han motivado la implementación de programas de cumplimiento normativo, fundamentalmente, pero no exclusivamente, a efectos de exonerarles de responsabilidad penal.

Evitar la imposición de sanciones formaría parte del compliance en sentido amplio; poner los medios necesarios para evitarlas en el ámbito tributario formaría parte del tax compliance, pues el incumplimiento de las obligaciones tributarias conlleva la imposición de sanciones (administrativas o penales). En efecto, el incumplimiento de la normativa tributaria puede ser constitutivo de un ilícito administrativo (infracciones tributarias) o penal (delitos). En España, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) se encarga de regular la potestad sancionadora en materia tributaria. Por su parte, el Código Penal se ocupa en sus artículos 305 a 310 bis de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Y es que dejar de ingresar la cuota tributaria de una autoliquidación mediando culpa (con independencia de la existencia o no de dolo) por un importe que no supere los 120.000 euros constituye una conducta antijurídica reconducible al ámbito de las infracciones tributarias, definida en el artículo 191 LGT; mientras que estaremos ante un delito contra la Hacienda Pública, regulado en el artículo 305 del Código Penal si, mediando dolo, se supera la indicada cantidad.<sup>4</sup>

## II. EL TRÁNSITO DE UNA RELACIÓN COOPERATIVA AL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO

Pero la globalización, desde el punto de vista tributario, también ha servido a las empresas y grupos de sociedades para buscar la optimización fiscal, tratando de reducir el impacto que los tributos tienen sobre sus cuentas de resultados, a través del desarrollo de estrategias fiscales que, a priori, no son incompatibles con el deber de todos los contribuyentes de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones tributarias en cualquiera de las jurisdicciones territoriales donde lleven a cabo su actividad económica. Así, en el ámbito de la UE han contribuido las libertades de circulación de bienes, servicios y capitales<sup>5</sup> (cuyo incremento se ha visto favorecido gracias a las TIC).

Si bien, como nos recuerda este último autor, citando a ENGELHART, en el ámbito de la medicina se viene usando para referirse al cumplimiento riguroso de la indicación terapéutica por parte del paciente, cfr.: ENGELHART, M.: *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 1ªed., Ed.Duncker&Humblot, Berlin, 2012, pág.40.

3 Cfr.: NIETO MARTÍN, A.: “El cumplimiento normativo”, en AA.VV.: *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.25.

4 Cfr.: CARRASCO PARRILLA, P.J.: “Las regularizaciones tributarias voluntarias y su trascendencia administrativa y penal”, en CELORIO VELA, J.A. y CARRASCO PARRILLA, P.J. (Dirs.), Ed.Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de México, 2018, pág.378. No obstante, esta cuantía será de 100.000 euros cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, tal y como dispone el apartado 3 del citado art.305 del Código Penal, según la reforma operada en el mismo por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.

5 En este sentido LAGO MONTERO, J.M.: “Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.3, 2015, pág.56, alude al “marco idóneo para la deslocalización de personas y

Debe reconocerse que las grandes empresas desempeñan un papel clave en la economía tanto por las inversiones que llevan a cabo como por la generación de empleo, sin perder de vista la importancia que tienen para el crecimiento y el desarrollo económico de los países, así como su contribución a los presupuestos de los Estados. Ahora bien, los cada vez más generalizados déficits presupuestarios así como los escándalos financieros de las últimas décadas, han desembocado en una generalizada indignación pública por la denominada planificación fiscal agresiva que llevan a cabo, fundamentalmente, las grandes empresas, fruto de la cual la contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica que es propugnada por todos los ordenamientos jurídicos se ha visto mermada considerablemente, lo cual se ha revelado como un problema a nivel global.

Ello ha tenido respuesta tanto por parte de la OCDE como de la UE, entre otros organismos e instituciones, a través del desarrollo de planes de lucha contra la evasión fiscal, con caracteres tanto preventivos como represivos, p.ej.: plan BEPS<sup>6</sup> (OCDE), ATAP<sup>7</sup> y ATAD<sup>8</sup> (UE), que han sido aplicados por la mayoría de los países de nuestro entorno<sup>9</sup>.

Nos enfrentamos pues, ante un cambio de paradigma en las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes. En efecto, la OCDE al hilo de la publicación en 2008 del Estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales publicado dentro del Foro sobre Administración Tributaria, empleó el término “enhanced relationship”, y que fue traducido al español como “relación cooperativa”, aunque en realidad la denominación procedente sería “relación reforzada”, si bien las connotaciones que se extraerían de la misma podrían revelar cierto matiz de trato diferenciado entre la Administración y el grupo de contribuyentes al que va dirigida esta relación, hicieron que se optara por una traducción carente de este tipo de connotaciones. Años más tarde, en 2013, un nuevo estudio publicado por la OCDE (titulado “De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo”) propone emplear preferentemente el término “cooperative compliance” o “cumplimiento cooperativo”. Se trata de escoger determinadas empresas con las que realizar un primer acercamiento al posible modelo de relación cooperativa, y éste

---

negocios fuera del ámbito territorial de los países con sistemas tributarios progresivos”.

6 *Base Erosion and Profit Shifting* (<http://www.oecd.org/tax/beps/>). La erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS) hace referencia a las estrategias de evasión fiscal que se adoptan por parte de ciertas empresas que aprovechan las lagunas y desajustes de las normas fiscales para trasladar artificialmente sus beneficios a lugares con un nivel de tributación más bajo o nulo. En el marco inclusivo, más de un centenar de países y jurisdicciones han colaborado para aplicar las medidas del Plan BEPS y hacer frente a la BEPS.

7 *Anti Tax Avoidance Package*. El paquete contra la evasión fiscal forma parte de una ambiciosa agenda de la Comisión europea en favor de una fiscalidad de las empresas más justa, sencilla y eficaz en el ámbito de la UE. Contiene medidas concretas para evitar la planificación fiscal agresiva, aumentar la transparencia fiscal, así como la creación de condiciones de competencia equitativas para todas las empresas de la UE. Con él se trata de ayudar a los Estados miembros a adoptar medidas firmes y destinadas a coordinar la evasión fiscal y garantizar que las empresas paguen impuestos en el lugar que obtengan sus beneficios en la UE. ([https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en)).

8 *Anti Tax Avoidance Directive*

([https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive_en)). Esta Directiva contra la evasión fiscal, que forma parte del Paquete Contra la Evasión Fiscal (ATAP) propone seis medidas jurídicamente vinculantes contra las prácticas abusivas, que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior y que todos los Estados miembros deberían aplicar contra formas comunes de planificación fiscal agresiva. El objetivo de esta directiva es crear un nivel mínimo de protección contra la evasión del impuesto de sociedades en toda la UE, garantizando a su vez un entorno más justo y estable para las empresas.

El 20 de junio de 2016, el Consejo adoptó la Directiva (UE) 2016/1164 por la que se establecen normas contra las prácticas de evasión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior. Contiene seis medidas jurídicamente vinculantes contra las prácticas abusivas, que todos los Estados miembros deberían aplicar contra formas comunes de planificación fiscal agresiva, debiendo ser aplicadas por todos los Estados miembros a partir del 1 de enero de 2019.

9 Incluso algunas de las acciones del Plan BEPS han sido recogidas en buena parte por la Unión Europea, es el caso de las acciones 5, 12 y 13, vinculadas con la exigencia de transparencia.

sería el que posteriormente se implementaría para todas las demás. Todas estas actuaciones, dada su finalidad preventiva, tienen como nexo la cooperación entre los contribuyentes y la Administración tributaria.

### III. ¿QUÉ ES EL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO?

Siguiendo a MARTÍN FERNÁNDEZ podemos definir el cumplimiento cooperativo como la relación entre los contribuyentes y la Administración tributaria, que está basada en la transparencia, la confianza mutua y las actuaciones preventivas y de asistencia y colaboración. Tiene, como presupuesto básico, el que la empresa mantenga unas buenas prácticas tributarias, a la vez que mejore el nivel de cumplimiento voluntario de sus obligaciones tributarias.<sup>10</sup>

ROZAS VALDÉS nos ofrece dos puntos de vista: “En sentido estricto se utiliza la expresión para referirse a determinadas estrategias operativas que distintas Administraciones tributarias –señaladamente la australiana, la holandesa y la británica– han llevado a cabo en la ordenación y gestión de sus relaciones con las empresas –casi exclusivamente con las grandes empresas– en aras de obtener de las mismas una actitud más cooperativa, disminuir la litigiosidad e incrementar la recaudación (...). En sentido amplio, y merced al impulso de estas iniciativas relativas a las grandes empresas, se trataría de un modelo gerencial llamado a incidir en todas las fases que escalonan el diseño y aplicación de los sistemas tributarios, las políticas operativas de las organizaciones responsables de su administración –a ambos lados de la relación, también desde el ámbito de los llamados intermediarios fiscales– con el objetivo de lograr que en materia tributaria se reduzcan los índices de conflictividad; primando la cooperación –el trabajar juntos– frente a la confrontación –el enfrentamiento en los tribunales–.”<sup>11</sup>

#### 1. CARACTERÍSTICAS DEL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO:

De las definiciones aportadas podemos extraer las siguientes notas características de los programas de cumplimiento cooperativo:

- a) Estamos frente a una relación entre Administración tributaria y contribuyentes
- b) Esta relación está basada en la transparencia y la confianza mutua entre las partes.
- c) Se otorga primacía a la cooperación frente a la confrontación, fruto de lo cual la prevención es prioritaria frente a la represión (imposición de sanciones).
- d) Como consecuencia de esta última característica apuntada, se tiende a disminuir la conflictividad o la litigiosidad.

10 Cfr.: MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “El modelo de relación cooperativa y las buenas prácticas tributarias”, Revista de Contabilidad y Dirección, vol.25, 2017, pág.88, pone el énfasis en la idea de relación entre las empresas y la Administración tributaria, al indicar que el cumplimiento cooperativo está basado “en la transparencia, la confianza mutua y las actuaciones preventivas y de asistencia y colaboración. Tiene, como presupuesto básico, el que la empresa mantenga unas buenas prácticas tributarias...”.

Como iniciativa de cumplimiento cooperativo, en el ámbito del CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias) ha sido definida como “aquella que surge del relacionamiento entre la administración tributaria y el contribuyente, y a través de la cual se busca alcanzar mejoras significativas en el nivel de transparencia mutua y consecuentemente en el nivel de cumplimiento voluntario, teniendo como objetivo el reducir los costos de cumplimiento y/o de administración, y en lo posible prevenir controversias en la relación jurídico- tributaria”. Cfr.: CREMADES UGARTE, L; ARIAS ESTEBAN, I.G.y VARGAS, D.: “Relación o Cumplimiento Cooperativo Tributario: Su realidad actual en Países Miembros del CIAT de América Latina, Caribe, África y Asia”, Documentos de Trabajo, CIAT, 2015, pág.9.

11 ROZAS VALDÉS, J.A.: “Los sistemas de relaciones cooperativas: Una perspectiva de derecho comparado desde el sistema tributario español”, Documentos –Instituto de Estudios Fiscales–, nº6, 2016, pág.91.

- e) Al reducirse la litigiosidad, además de evitar la imposición de sanciones, puede producirse un incremento de la recaudación tributaria.

También podemos añadir como uno de los modos de reducir la litigiosidad, la articulación de sistemas de gestión del riesgo fiscal tanto por parte de la Administración como por parte de los contribuyentes, a través de programas de cumplimiento. En efecto, la Administración va a proceder a evaluar los riesgos de cumplimiento y a segmentar o agrupar a los contribuyentes en función de los riesgos detectados. A través de la gestión del riesgo fiscal desaparecen los controles a posteriori (actuación preventiva frente a la represiva) y se monitoriza a los contribuyentes en función del riesgo fiscal. Cuanto menor sea el riesgo, mayor será la asistencia y la información facilitada por la Administración a los contribuyentes.

## 2. *MODELOS DE CUMPLIMIENTO COOPERATIVO*

Como consecuencia de las actuaciones emprendidas por la OCDE, citadas anteriormente en otro apartado de este trabajo, las autoridades fiscales de algunos países desarrollaron las denominadas estrategias de cumplimiento cooperativo como instrumentos preventivos para influir en el comportamiento fiscal de las empresas, existiendo diferentes modelos, que según la OCDE pueden ser de tres tipos<sup>12</sup>:

1) Una declaración unilateral o una declaración por parte del organismo encargado de gestionar los ingresos en la que se exponga cómo se propone trabajar (según la OCDE sería el caso de Irlanda), siendo los contribuyentes los que tendrían que decidir si responder o no y cómo hacerlo. También sería el caso de Reino Unido<sup>13</sup> y hemos podido constatar que, aunque con ciertos matices, de España, con el Código de Buenas Prácticas Tributarias<sup>14</sup>, al que tendremos ocasión de referirnos en otro epígrafe de este trabajo.

2) Una carta adoptada conjuntamente por todas las partes interesadas, o en su nombre, en la que se exponga la forma en que todos los participantes tienen la intención de trabajar juntos (según la OCDE sería el caso de Suiza, para algún autor sería el caso de España<sup>15</sup>), incluyendo lo que se espera que hagan todos los participantes -organismo de ingresos, contribuyentes y asesores fiscales- así como las consecuencias para cada uno de ellos en caso de que no lo hagan.

3) Un acuerdo formal o informal entre el organismo de ingresos y un contribuyente específico (según la OCDE es el caso de Países Bajos y Estados Unidos). Éstos podrían adaptarse a las necesidades específicas de los diferentes contribuyentes. Podrían incluir la forma en que se proponen trabajar juntos y la forma en que podría rescindirse el acuerdo.

---

12 OCDE: Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008, en: <http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>, pág.43.

13 Así lo considera también SANZ GÓMEZ, quien además incluye dentro de este grupo a Italia (país que ha utilizado la vía normativa a través del art.7 Decreto Legislativo 5-8-2015, nº128, en concreto, la adhesión a este modelo régimen se lleva a cabo por las empresas mediante solicitud por vía telemática); cfr.: SANZ GÓMEZ, R.: Cumplimiento cooperativo y grandes empresas en España: Un pacto de cristal, Ed.IEF, Madrid, 2017, pág.88.

14 Para SOLER ROCH, M.T.: "Tax Administration versus Taxpayer -A New Deal?", World Tax Journal, vol.4, nº3, 2012, pág.295, se trata de una declaración unilateral de la Administración a la que las empresas se adhieren. En cambio SANZ GÓMEZ pag.89, considera que aunque la adhesión al Código es individual por parte de las empresas, de la lectura de las actas del Foro de Grandes Empresas "se extrae que la elaboración del Código ha contado con la intervención de ambas partes", lo cual si bien sería cierto, no sería aplicable para aquellas empresas que se adhieran o se hayan adherido con posterioridad a la elaboración del mismo.

15 Así lo considera también SANZ GOMEZ, R.: op.cit., pág.89

Por otra parte, como ya hemos avanzado anteriormente, como instrumento de lucha contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios, la OCDE elaboró en 2013 un Plan de Acción que cuenta con 15 puntos, conocido por sus siglas en inglés, Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), que representa una prioridad para los gobiernos de los Estados que se sumen al mismo, puesto que se comprometen a implantar en sus legislaciones nacionales las medidas que en él se proponen. Así, en la acción 12 se trata de propiciar que las empresas revelen a las autoridades fiscales sus estrategias de planificación fiscal, por lo que se trata de conseguir un cumplimiento cooperativo entre empresas y Administraciones de los diferentes países para lograr un mayor compromiso de las empresas con la sociedad.

Estos sistemas que se están desarrollando en los últimos años en algunos ordenamientos jurídicos tienen como punto en común que la relación entre la Administración tributaria y las empresas, inicialmente las multinacionales, se plantea más en el plano de la cooperación y la confianza mutua que en el de la confrontación, tratando así de mejorar las cifras de recaudación y reducir la litigiosidad tributaria; adelantándose a la generación de los conflictos por la vía de la colaboración. Los países que han liderado este movimiento han sido Australia, Países Bajos y Reino Unido.<sup>16</sup>

#### IV.LA REGULACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

En los últimos años la Administración Tributaria española ha ofrecido la posibilidad de adherirse a programas de cumplimiento cooperativo, si bien para el ámbito de las grandes empresas, como veremos en otro apartado de este trabajo, con la constitución en el seno de la AEAT del Foro de Grandes Empresas, el 10 de julio de 2009; foro de discusión en el que se analizan, mediante reuniones conjuntas o sectoriales, los principales problemas que se plantean en la relación entre las grandes empresas y la Administración tributaria (del que forman parte 27 grandes empresas seleccionadas en función del volumen de facturación, deuda tributaria ingresada, información suministrada a la Administración tributaria, número de trabajadores, sector de actividad y distribución geográfica, que se consideran representativas de todas las grandes empresas y susceptibles de una ágil interlocución). Años más tarde, el 30 de marzo de 2011, se pone en funcionamiento el Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios como órgano de relación cooperativa basada en la transparencia y la confianza mutua, que redundará en beneficio del contribuyente, favoreciendo y facilitando el cumplimiento voluntario de sus obligaciones fiscales.

Y es que, como ha quedado apuntado con anterioridad, una de las características del cumplimiento cooperativo reside en la segmentación de los contribuyentes por parte de la Administración para realizar un control fiscal más adecuado.

##### 1. ANTECEDENTES

En el año 2005 la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 3230/2005, de 13 de octubre, crea la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, dependiente de la Dirección General de la AEAT. Los contribuyentes adscritos pueden serlo de manera automática<sup>17</sup>, o por

<sup>16</sup> Estados Unidos también cuenta con un programa “Compliance Assurance Process”(CAP), que permite la identificación y resolución de problemas a los que se enfrentan las empresas en sus declaraciones y pagos de impuestos antes de presentar la declaración definitiva.

<sup>17</sup> Según se desprende del apartado Tercero.1 de la Resolución de la Presidencia de la AEAT de 26-212-2005: Personas jurídicas y entidades cuyo volumen de operaciones haya superado los 100 millones de euros durante cada uno de los tres ejercicios anteriores a aquel en el que se produce la adscripción; personas jurídicas y entidades cuyo volumen de información suministrado a la Administración Tributaria, en concepto de retenciones o ingresos a cuenta, haya superado los 10.000 registros durante cada uno de los tres

resolución del Director del Servicio de Planificación y Relaciones Institucionales de la AEAT, a propuesta del Delegado Central, cuando concurren determinadas circunstancias contempladas en la Resolución de la Presidencia de la AEAT de 26 de diciembre de 2005.<sup>18</sup>

En otro orden de consideraciones, el Informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores establece que el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho, por ejemplo, en normas fiscales. Así, entre las Recomendaciones que se realizan al Comité de Auditoría, se indica la necesidad de que la política de control y gestión de riesgos identifique al menos los distintos tipos de riesgo (operativos, tecnológicos, financieros, legales, reputacionales, ...) a los que se enfrenta la sociedad, las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse, así como los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los pasivos contingentes o riesgos fuera de balance.

De otro lado, en el año 2008 se realizó una encuesta entre las empresas adscritas a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes en la que pusieron de manifiesto que la AEAT brindaba buenos mecanismos de ayuda en la elaboración de declaraciones, una moderna tecnología al servicio de los contribuyentes y una actitud positiva y flexible en el área de información y asistencia; si bien la valoración de las grandes empresas en el área del control no era del todo satisfactoria pues consideraban que se podían implementar algunas mejoras.

La AEAT puso en marcha nuevas formas de relación cooperativa con las grandes empresas siguiendo las conclusiones del Foro sobre Administración Tributaria de la OCDE<sup>19</sup> en sus

---

ejercicios anteriores y cuyo ámbito de actuación exceda del de una Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía. No obstante, e independientemente del volumen de operaciones, no quedarán incluidas las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y a las Entidades Locales, así como a los organismos públicos y demás entidades de derecho público vinculados o dependientes de aquellas. La adscripción cesará el ejercicio siguiente a aquel en que dejen de concurrir las circunstancias que motivaron la adscripción del contribuyente a la Delegación Central. Tanto la adscripción como el cese se notificará a los interesados.

18 El apartado Tercero.2 de la Resolución de la Presidencia de la AEAT de 26-12-2005 contempla, entre otros supuestos: personas físicas cuya renta a efectos del IRPF supere el millón de euros o que el valor de sus bienes y derechos, incluidos los exentos, a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio supere los 10 millones de euros; ejercer actividades en todo o gran parte del territorio nacional; ocupar una posición destacada en un sector económico determinado; tributar en régimen de consolidación fiscal o grupo de entidades del IVA; realizar operaciones que revistan especial importancia o complejidad en el ámbito nacional; estar relacionados con otros obligados tributarios ya adscritos a la Delegación Central; estar integrados en los supuestos previstos en el artículo 41 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; entidades aseguradoras en liquidación cuando esta función sea asumida por el Consorcio de Compensación de Seguros; presentar indicios de la realización de fraudes en los que, por su especial gravedad, complejidad o características de implantación territorial, resulte conveniente la investigación de forma centralizada; presentar una especial complejidad en cuanto a su gestión recaudatoria o indicios de posibles conductas fraudulentas de especial relevancia en este ámbito; así como por razones de eficacia, cuando se considere necesaria la continuación de las actuaciones tributarias por la Delegación Central. En estos casos, las resoluciones de adscripción y desadscripción a la Delegación Central se notificarán al obligado tributario, surtiendo efectos a partir de dicha notificación.

19 Además de plantear que las prácticas de planificación fiscal abusivas deben afrontarse de manera decidida, también debe tenerse en consideración las necesidades de seguridad jurídica de las empresas. También se sugiere que se establezcan relaciones cooperativas con las empresas basadas en unos principios de transparencia y confianza mutua. Se parte de la premisa de que los administradores de las empresas deben responder ante los accionistas de la realización de una buena gestión de la actividad corporativa. Los resultados financieros y la reputación empresarial pueden verse condicionados por el modo de enfrentarse a la gestión del riesgo fiscal, de ahí que los directores generales y los consejos de administración deben aumentar su interés en la gestión del riesgo fiscal como parte del gobierno corporativo. Las Administraciones Fiscales están potenciando las relaciones con las grandes empresas, como un modo de conseguir numerosos beneficios mutuos.

reuniones de Seúl (año 2006) y de Ciudad del Cabo (año 2008), en las que se destaca que se deben afrontar de manera decidida las prácticas de planificación fiscal abusivas, sin desconocer las necesidades de seguridad jurídica de las empresas, sugiriendo cuando sea posible, el establecimiento de relaciones cooperativas con las empresas que tengan como fundamento principios de transparencia y confianza mutua.

En efecto, la actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal de la AEAT del año 2005<sup>20</sup> llevada a cabo en 2008 contempla la puesta en marcha en dos fases de un nuevo tipo de relación cooperativa con un reducido número de grandes empresas. En una primera fase se establece la creación de un foro de discusión con los grandes contribuyentes (Foro de Grandes Empresas) en el que se van a analizar los principales problemas que se plantean en la relación entre las grandes empresas y la Administración tributaria, considerando la extensión del modelo de relación cooperativa. En una segunda fase, se plantea el establecimiento de un marco especial en el que la Administración facilitaría, en unos plazos adecuados a las necesidades de las empresas, un criterio sobre las consecuencias fiscales de sus operaciones a cambio de que las empresas ofrezcan una total transparencia sobre las mismas, siempre que éstas se acojan voluntariamente a este marco especial y faciliten toda la información precisa para que pueda establecer su criterio la Administración. Y es que, tal y como indica la actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal de 2005: “Las empresas que se acojan a este marco de relaciones deberían ofrecer a la Administración información completa de aquella clase de operaciones en las que exista incertidumbre sobre su tratamiento fiscal o sobre las que la administración haya indicado una especial preocupación. Esta información debería proporcionarse antes de que acaben los plazos de declaración y, preferiblemente, antes incluso de que las operaciones se hayan realizado. A cambio de ello la Administración debería ofrecer criterios claros de aplicación de la normativa en plazos de tiempo acordes con las necesidades de las empresas”.<sup>21</sup>

## 2. EL FORO DE GRANDES EMPRESAS

Tal y como hemos indicado anteriormente, el 10 de julio de 2009, se constituye el Foro de Grandes Empresas. Con su creación se trata de pasar de un clima de desconfianza en la Administración tributaria por parte de los contribuyentes con una mayor propensión a la planificación fiscal agresiva, a una relación de confianza; de un procedimiento inquisitivo a un procedimiento preventivo y de discusión jurídica, para lo cual deben ser absolutamente transparentes y deben implantarse sistemas eficaces de gestión del riesgo fiscal.

El objeto del Foro es la promoción de una mayor colaboración entre las empresas y la Administración tributaria del Estado, que está basada en los principios de transparencia y confianza mutua, a través del conocimiento y puesta en común de los problemas generales que se puedan plantear en la aplicación del sistema tributario.

---

20 Este plan tiene como características principales ser integral, operativo y flexible. En relación con esta última característica, ello es debido a que está sujeto a revisión permanente, manteniendo su finalidad de apertura a la sociedad para amoldarse a las circunstancias cambiantes de la realidad y a los nuevos tipos de fraude que puedan surgir. En este sentido, la página web de la AEAT tiene activado un buzón permanente de sugerencias del Plan de Prevención del Fraude Fiscal, que serán analizadas permanentemente por la AEAT; cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Planificacion/Plan\\_de\\_Preencion\\_del\\_Fraude\\_Fiscal/Buzon\\_permanente\\_de\\_sugerencias\\_del\\_Plan\\_de\\_Preencion\\_del\\_Fraude\\_Fiscal/Buzon\\_permanente\\_de\\_sugerencias\\_del\\_Plan\\_de\\_Preencion\\_del\\_Fraude\\_Fiscal.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Planificacion/Plan_de_Preencion_del_Fraude_Fiscal/Buzon_permanente_de_sugerencias_del_Plan_de_Preencion_del_Fraude_Fiscal/Buzon_permanente_de_sugerencias_del_Plan_de_Preencion_del_Fraude_Fiscal.shtml) (última consulta el 20-2-2019).

21 Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Informacion\\_institucional/Campanias/Plan\\_preencion\\_del\\_fraude\\_fiscal/actualizaFraude.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_preencion_del_fraude_fiscal/actualizaFraude.pdf) (última consulta el 19-02-2019), pág.11.

Las empresas integrantes del Foro están adscritas a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes y han sido elegidas por considerarse representativas, además de ser susceptibles de una ágil interlocución, teniendo en cuenta su volumen de facturación, de deuda tributaria ingresada, de información suministrada a la Administración tributaria, el número de trabajadores, sector de actividad y distribución geográfica.<sup>22</sup>

Considera la AEAT que el hecho de que inicialmente participe un grupo reducido de empresas no debe interpretarse como una señal de privilegio para los participantes en relación con los demás contribuyentes, pues los acuerdos adoptados en el Foro son de aplicación general a todos los obligados tributarios afectados; de hecho se contempla que el conjunto inicial de participantes en el Foro en el futuro puede ser modificado como también podrían establecerse otros foros para ámbitos territoriales determinados.<sup>23</sup>

Sus normas de funcionamiento se encuentran publicadas en la página web de la AEAT<sup>24</sup>.

Dentro de las funciones del Foro destaca el tratamiento de cualquier cuestión referida a materias tributarias de interés común de los participantes, señalándose, entre otras:

“a) Mejora de la relación entre la Administración tributaria del Estado y las empresas y establecimiento de canales de comunicación fluida. En particular:

- Difusión de la estructura de los órganos de aplicación de los tributos y de la práctica de dicha aplicación.
- Sugerencias de mejora en la gestión de los tributos.
- Mejora de los actuales canales de comunicación entre la Administración tributaria y las empresas y establecimiento de otros nuevos.
- Difusión de criterios interpretativos específicos de interés general realizados por los órganos competentes (administrativos, económico-administrativos y judiciales).

b) Simplificación y favorecimiento del cumplimiento de las obligaciones fiscales, a través del análisis de:

- Las posibles mejoras a introducir en los procedimientos de aplicación de los tributos.
- Las actuaciones de control tributario: duración, costes de atención, etc.
- Las obligaciones formales en relación con la fiscalidad de los grupos fiscales (Sociedades e IVA), de las operaciones vinculadas, etc.
- Los criterios y frecuencia de remisión de información fiscal a la Administración<sup>25</sup>.

---

22 Las 27 empresas que integran el foro son: ACERINOX, ACS, AMADEUS IT HOLDING, BANCO DE SANTANDER, BANKIA, BBVA, LA CAIXA, CEPESA, COFARES, EL CORTE INGLÉ, ENDESA, FCC, GAS NATURAL, GENERALI ESPAÑA, IBERDROLA, IBERIA, INDITEX, MAPFRE, MERCADONA, MICHELIN, NORFIN HOLDER, RENAULT, REPSOL, SEAT, SIEMENS, TELEFÓNICA y VODAFONE.

23 Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/Nota\\_informativa\\_es\\_es.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Nota_informativa_es_es.pdf) (última consulta el 04-07-2019).

24 Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/Normas\\_Funcionamiento\\_es\\_es.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Normas_Funcionamiento_es_es.pdf) (últ. consulta el 04-07-2019).

25 Precisamente la implantación en 2017 de un nuevo sistema de gestión del IVA basado en el Suministro Inmediato de Información (SII) del IVA supone llevar a cabo un intercambio frecuente de información relevante, así como una mejora en el control tributario y la asistencia al contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones. Este sistema, al que obligatoriamente están sometidas las grandes empresas, grupos de IVA y los inscritos en el Registro de Devolución Mensual del IVA, puede ser seguido por cualquier contribuyente que desee someterse al mismo, si bien esta opción implicará que su obligación de autoliquidación será mensual y que además deberá permanecer en el sistema al menos durante el año natural para el que se ejercita la opción. Se destacan como ventajas de este sistema el disponer de información de calidad en un intervalo de tiempo suficientemente corto como para agilizar el sistema de gestión del IVA; obtener

- La implantación y modificación de programas informáticos de suministro de información y de ayuda a la cumplimentación de declaraciones. Información anticipada sobre los mismos.
  - El fomento de la facturación electrónica.
  - El establecimiento de canales de información que generen mayor seguridad en la actuación empresarial, minimizando los costes de litigiosidad y el riesgo de sanción.
  - La tributación de determinadas operaciones de interés general.
- c) Estudio de cambios normativos y adaptación a los mismos:
- Conocimiento anticipado de proyectos normativos de interés general.
  - Propuestas de modificación normativa de interés general.
- d) Evaluación de la actuación interna de las empresas en relación con la aplicación del sistema tributario:
- Difusión de la importancia de la gestión fiscal en los programas de formación gerencial de las empresas.
  - Responsabilidad de los Consejos de Administración en materia fiscal como manifestación de la Responsabilidad Social Corporativa.
  - Creación de un Código de buenas prácticas tributarias.
  - Posibles mejoras a introducir en los procedimientos de control interno para la detección y gestión de las contingencias fiscales en las empresas.

Los acuerdos adoptarán la forma de informes o recomendaciones en relación con las materias tratadas en el Foro, por lo que carecerán de efectos jurídicos vinculantes. El Foro establecerá los cauces de comunicación pública de los acuerdos adoptados en el mismo<sup>26</sup>.

Como acabamos de exponer, una de las funciones del Foro consiste en evaluar la actuación interna de las empresas en relación con la aplicación del sistema tributario y, en concreto se establece la creación de un Código de Buenas Prácticas Tributarias (en adelante CBPT), encomendada a uno de los grupos de trabajo constituidos al efecto para su elaboración.

---

“Datos Fiscales”, pues el contribuyente dispondrá en la Sede electrónica de la AEAT de un Libro Registro “declarado” y otro “contrastado” con la información de contraste procedente de terceros que pertenezcan al colectivo de este sistema o de la base de datos de la AEAT, pudiendo contrastar los contribuyentes dicha información antes de la finalización del plazo de presentación de su declaración mensual de IVA, de manera que tendrán la posibilidad de corregir los errores cometidos en los envíos sin necesidad de ser requerido por la AEAT, lo cual también lleva aparejada una disminución de los requerimientos de información por parte de la AEAT, pues muchos de los requerimientos efectuados hasta la fecha de su implantación tenían por objeto solicitar los Libros registro, las facturas o datos contenidos en las mismas para comprobar determinadas operaciones. Otras ventajas son la modernización y estandarización del modo de llevanza de los tradicionales Libros Registro de IVA; reducción de las obligaciones formales, al suprimirse la obligación de presentación de los modelos 347, 340 y 390; reducción de los plazos de realización de las devoluciones (al disponer la AEAT de la información en tiempo casi real y de mayor detalle sobre las operaciones); como también que los contribuyentes incluidos en este sistema verán ampliados en 10 días los plazos de presentación e ingreso de sus autoliquidaciones periódicas del IVA, si bien debemos recordar que éstas pasarán en todo caso a ser mensuales). El SII se introdujo por el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre (publicado en el BOE de 6-12-2016), para la modernización, mejora e impulso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto y otras normas tributarias.

26 Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/Normas\\_Funcionamiento\\_es\\_es.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Normas_Funcionamiento_es_es.pdf) (últ.consulta el 04-07-2019).

## 2.1. EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS

El CBPT fue aprobado en sesión plenaria del Foro de Grandes Empresas celebrada el 20-7-2010<sup>27</sup>; a él se pueden adherir todas las empresas que lo deseen<sup>28</sup>, participen o no en el Foro, así como difundir libremente esta adhesión, lo cual favorece la responsabilidad social de las mismas pues el Código contiene recomendaciones formuladas de manera flexible que tanto la AEAT como las empresas asumen voluntariamente, permitiendo a estas empresas adaptarlas a sus propias características, y van dirigidas a mejorar la aplicación del sistema tributario, incrementando la seguridad jurídica, la cooperación recíproca basada en la buena fe y la confianza legítima entre las empresas y la AEAT

Por consiguiente, podemos afirmar que el objetivo del CBPT consiste en promover una relación cooperativa entre la AEAT y las empresas basada en los principios de transparencia y confianza mutua, tendente a mejorar la aplicación del sistema tributario, aumentando la eficacia de los controles administrativos y reduciendo la inseguridad jurídica y la litigiosidad<sup>29</sup>.

En efecto, los principios de transparencia y confianza mutua adquieren un especial significado en el ámbito de las empresas con un componente internacional, ya que sus operativas son cada vez más complejas junto con la gestión de los riesgos inherentes al cumplimiento de sus obligaciones tributaria, de ahí que esa mayor proximidad con las empresas se justifique “tanto como principales contribuyentes como por su valiosa actuación como colaboradores tributarios”<sup>30</sup>.

El Código contiene recomendaciones de buenas prácticas fiscales tanto para las empresas como para la Administración, que se agrupan en tres epígrafes, uno relativo a la práctica fiscal empresarial, otro aplicable a la AEAT y el último destinado a la reducción de la litigiosidad y evitación de conflictos, en el que se recogen tanto compromisos de la AEAT como de las empresas, así como buenas prácticas a aplicar por ambas partes:

### *1. TRANSPARENCIA, BUENA FE Y COOPERACIÓN CON LA AGENCIA TRIBUTARIA EN LA PRÁCTICA FISCAL EMPRESARIAL*

–Se considera que constituyen buenas prácticas a fomentar por las empresas “todas aquellas que conduzcan a la reducción de riesgos fiscales significativos y a la prevención de aquellas conductas susceptibles de generarlos”.

–Evitarán la utilización de estructuras de carácter opaco con finalidades tributarias. El Código considera como tales “aquellas en las que, mediante la interposición de sociedades instrumentales a través de paraísos fiscales o territorios no cooperantes con las autoridades

---

27 El Código de Buenas Prácticas Tributarias se encuentra publicado en: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_Grandes\\_Empresas/Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias/Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Codigo_de_Buenas_Practicas_Tributarias/Codigo_de_Buenas_Practicas_Tributarias.shtml) (última consulta el 04-07-2019).

28 A 9-05-2019 se han adherido una totalidad de 144 empresas; cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_Grandes\\_Empresas/Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias/Adhesiones\\_al\\_Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Codigo_de_Buenas_Practicas_Tributarias/Adhesiones_al_Codigo_de_Buenas_Practicas_Tributarias.shtml) (última consulta el 23-07-2019).

29 Para GRAU RUIZ, con el código se potencia la colaboración público-privada para prevenir el fraude. Cfr.: GRAU RUIZ, A.: “El Código de buenas prácticas tributarias de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Código de conducta de las Naciones Unidas sobre la cooperación para luchar contra la evasión y el fraude fiscal internacional”, en:

[http://www.codigosdeconducta.com/portal/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=255:el-codigo-de-buenas-practicas-tributarias-de-la-agencia-estatal-de-administracion-tributaria-y-el-codigo-de-conducta-de-las-naciones-unidas-sobre-la-cooperacion-para-luchar-contr-la-evasion-y-el-fraude-fiscal-internacional&Itemid=146](http://www.codigosdeconducta.com/portal/index.php?option=com_k2&view=item&id=255:el-codigo-de-buenas-practicas-tributarias-de-la-agencia-estatal-de-administracion-tributaria-y-el-codigo-de-conducta-de-las-naciones-unidas-sobre-la-cooperacion-para-luchar-contr-la-evasion-y-el-fraude-fiscal-internacional&Itemid=146) (últ. consulta 27-2-2019).

30 Cfr.: CBPT, pág.3.

fiscales, estén diseñadas con el propósito de impedir el conocimiento, por parte de la Agencia Tributaria, del responsable final de las actividades o el titular últimos de los bienes o derechos implicados”.

–Colaborarán con la Agencia Tributaria en la detección y búsqueda de soluciones en relación con prácticas fiscales fraudulentas que se puedan desarrollar en los mercados en los cuales están presentes para erradicar las ya existentes y prevenir su extensión.

–El Consejo de Administración o el órgano equivalente deberá estar informado de las políticas fiscales que hayan sido aplicadas por la compañía. El responsable de asuntos fiscales de la compañía, antes de formular las cuentas anuales y presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades, deberá informar al Consejo de las políticas seguidas durante el ejercicio, directamente o a través de la Comisión de Auditoría. Además, en el caso de operaciones o asuntos que se deban someter a la aprobación del Consejo de Administración u órgano equivalente deberá informar de las consecuencias fiscales de las mismas cuando constituyan un “factor relevante”. En este último supuesto, entendemos que la consideración de “factor relevante” queda en manos del responsable de asuntos fiscales de la compañía, lo que hace más que necesario contar con la colaboración de la AEAT a través de la publicación de criterios interpretativos, entre otras medidas que serán expuestas en el siguiente punto.

## 2. TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS POR PARTE DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

–La AEAT “procurará que en sus actuaciones se tengan en cuenta los precedentes administrativos y velará porque en la interpretación de las normas se respete la unidad de criterio de la Administración tributaria”. Para dar cumplimiento a esta práctica, aplicará los criterios interpretativos que se desprendan de la doctrina administrativa y jurisprudencial. Cuando no haya precedentes o tuviese dudas sobre el criterio a aplicar, se solicitará informe a la Dirección General de Tributos en el ámbito de su competencia. No obstante, el Comité Permanente de la Dirección de la AEAT deberá ser informado por los Directores de Departamento de la AEAT cuando, en ausencia de criterio establecido por la DGT, el TEAC o los Tribunales de Justicia, deban aplicar criterios interpretativos relativos a “cuestiones de especial trascendencia o que puedan generar controversias significativas con los contribuyentes”, con lo que queda patente la indeterminación de estos conceptos.

–La AEAT se compromete a hacer públicos los criterios que aplica en sus procedimientos de control “en tanto sean susceptibles de ser aplicados con carácter general”. Todo ello sin perjuicio de la regulación aplicable en cuanto a la interpretación y calificación de las normas tributarias así como de la labor de información y asistencia a los obligados tributarios.

–La AEAT establecerá procedimientos adecuados para permitir que aquellos contribuyentes que tengan dudas sobre el tratamiento tributario de determinadas operaciones u operativas puedan conocer, “con la rapidez requerida por el caso”, los criterios que la Administración aplicaría en tales operaciones u operativas. Queda claro que se trata de un compromiso que encierra, como vemos en algunos de ellos, conceptos indeterminados que no dejan de ser simples declaraciones de intenciones aunque tampoco debemos olvidar los principios que presiden esta nueva forma de relación entre la Administración tributaria y las grandes empresas: buena fe, lealtad institucional, transparencia...<sup>31</sup>.

---

31 Algo más se concreta en las Conclusiones del grupo de trabajo sobre el nuevo modelo de relación cooperativa entre la Agencia Tributaria y las empresas adheridas al CBPT, de 29-10-2013 (cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/)

–En cambio sí que nos parece altamente positivo, en aras de evitar la imposición de sanciones o al menos de considerarlo como circunstancias atenuantes de la responsabilidad o a considerar a la hora de disminuir una sanción el hecho de que se otorgue la posibilidad de presentar junto con las declaraciones tributarias un anexo explicativo en el que se manifiesten los criterios seguidos en su preparación y los hechos en los que se basan, de manera que si los hechos se adaptan a la realidad y los criterios están razonablemente fundamentados, será valorado favorablemente por la AEAT a efectos de determinar la diligencia, el dolo o culpa a que se refiere la LGT.

–Por último se añade la garantía del pleno ejercicio de los derechos de los contribuyentes por parte de la AEAT en su actividad de aplicación del sistema tributario, lo cual nada aporta pues ya viene así establecido en la propia LGT.

### 3. REDUCCIÓN DE LA LITIGIOSIDAD Y EVITACIÓN DE CONFLICTOS

Se contemplan tres apartados:

–En el primero de ellos se recogen compromisos a asumir por la AEAT y las empresas, en el que procurarán minorar los conflictos derivados de la interpretación de la normativa aplicable, favoreciendo el uso de los instrumentos que, al efecto, establece el Ordenamiento Jurídico Tributario, a los efectos de conseguir el objetivo de que sus relaciones sean constructivas, transparentes y basadas en la mutua confianza.

–En el segundo, relacionado con el procedimiento inspector, ambas partes se comprometen a utilizar todas las posibilidades que ofrece el carácter contradictorio del procedimiento inspector, potenciando el acuerdo en todas las fases procedimentales en que ello sea factible, en concreto se hace referencia al procedimiento inspector y asumiendo las siguientes prácticas:

a) Por parte de la AEAT:

Se facilitará “lo antes posible” al contribuyente el conocimiento de los hechos susceptibles de regularización, de manera que, a lo largo de las actuaciones inspectoras, se facilite el mayor intercambio de pareceres posible y se posibilite cuanto antes la corrección de las actuaciones de la empresa a futuro.

Se comunicará al contribuyente, en el trámite de audiencia previo a las actas de inspección, los hechos que influyan en la eventual propuesta de regularización. A petición del contribuyente, se le indicarán los conceptos esenciales que se van a regularizar y procurará facilitarse, a título orientativo, una cuantificación provisional de la liquidación que resultaría de acuerdo con los datos disponibles en ese momento.

Se incorporará en la motivación de los actos en que se base la propuesta de regularización una valoración expresa de las alegaciones del contribuyente.

---

Empresas\_y\_profesionales/Foro\_grandes\_empresas/Grupos\_Trabajo/Conclusiones\_GT\_Relacion\_cooperativa\_Pleno\_29\_10\_2013.pdf; últ.consulta el 21-2-2019), donde en relación con los “Criterios administrativos de aplicación de los tributos” manifiesta: “En el marco del Código de Buenas Prácticas Tributarias, las empresas adheridas al mismo podrán plantear a la Agencia Tributaria, a través de las respectivas personas de contacto, sus dudas sobre el tratamiento tributario de operaciones de especial complejidad y trascendencia económica. Con la finalidad de facilitar el análisis de la cuestión, la empresa acompañará un informe en el que expondrá el criterio que entiende aplicable a dicha operación.

La Agencia Tributaria, a la vista de lo anterior, emitirá un informe sobre las cuestiones planteadas en el plazo de 3 meses. No obstante, cuando el número, complejidad y naturaleza de las cuestiones planteadas por las distintas empresas no permita a la Agencia Tributaria, con los medios disponibles en cada momento, atender en el citado plazo alguna solicitud, se entenderá que la Agencia no ha analizado ni ha formado criterio alguno sobre la cuestión planteada”.

Se atenderá de modo efectivo, en las inspecciones de grupos, las alegaciones que pudieran formularse contra las diligencias levantadas a las sociedades dominadas, previas al acta consolidada.

Se procurará que todas las cuestiones de hecho relevantes para practicar la liquidación así como la actividad probatoria correlativa, se conozcan y discutan adecuadamente durante las actuaciones inspectoras previas a la firma del acta o, en su caso, en las actuaciones complementarias que se acuerden al efecto.

Se procurará que todas las cuestiones de hecho relevantes para instruir, en su caso, el expediente sancionador, se conozcan y discutan adecuadamente con anterioridad a la resolución del mismo.

b) Por parte de las empresas:

Para facilitar que las alegaciones se valoren adecuadamente, tan pronto se presenten, deberán informar al órgano que tramita el procedimiento de su presentación dejando constancia del lugar de presentación, así como intentarán facilitar una copia, preferentemente por medios electrónicos.

También procurarán informar de las solicitudes de ampliación del plazo para formular alegaciones tan pronto las presenten, indicando el lugar de presentación.

-El tercer apartado se dedica a la reducción de la carga fiscal indirecta que representa para los contribuyentes el cumplimiento de determinadas obligaciones y la atención de determinados procedimientos.

A tal fin, la AEAT intentará delimitar lo más posible el objeto de los requerimientos y declaraciones informativas, procurando limitar la duración de los procedimientos de comprobación e investigación al tiempo estrictamente necesario para poder realizar una adecuada actuación de control.

Por su parte, las empresas procurarán facilitar la información y documentación solicitada por la AEAT, así como toda aquella que pueda ser relevante para el desarrollo de los correspondientes procedimientos, de la forma más rápida y completa posible.

Como puede comprobarse, en la mayoría de los supuestos contemplados se recogen declaraciones de intenciones que no hacen más que redundar en la idea que preside este cambio de paradigma en las relaciones tributarias entre la Administración y determinado grupo de obligados tributarios: buena fe, transparencia, confianza mutua, lealtad...

### 2.1.1. *Anexo al código de buenas prácticas tributarias*

El 2 de noviembre de 2015 el Pleno del Foro de Grandes Empresas acordó la introducción de un Anexo al CBPT<sup>32</sup>. En esencia, se trata de reforzar la relación cooperativa entre la Agencia Tributaria y las empresas adheridas al mismo mediante una serie de acciones que persiguen fomentar la transparencia y la seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Con el título "Reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial"<sup>33</sup>, el apartado 2 de este documento se dispone que las empresas adheridas podrán poner a disposición de la AEAT determinada información sobre determinados aspectos de

---

32 Cfr.: *Conclusiones relativas al desarrollo y seguimiento de la aplicación del "Código de Buenas Prácticas Tributarias" en el marco del modelo de relación cooperativa entre la Agencia Tributaria y las empresas*, en [http://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/Grupos\\_Trabajo/Conclusiones\\_GTRC.pdf](http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Grupos_Trabajo/Conclusiones_GTRC.pdf) (últ. consulta 21-2-2019).

33 El objetivo de estas medidas de reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial consiste en propiciar "un temprano conocimiento de la política fiscal y de gestión de riesgos fiscales" de las empre-

la actividad económica de las empresas que van desde la explicación sobre su presencia en paraísos fiscales, la estructura de financiación de los grupos empresariales, así como el grado de congruencia con los principios de las acciones del Plan BEPS de la OCDE, hasta la explicación de las operaciones societarias más significativas, la estrategia fiscal del grupo aprobada por los órganos de gobierno, así como el catálogo de operaciones que se someten al consejo de administración de la entidad.

Se establece que el suministro de esta información se deberá facilitar preferentemente antes de la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades y que de mutuo acuerdo entre cada empresa y la AEAT se determine el contenido y alcance de esta información, como el formato en el que se deberá poner a disposición de la AEAT.

El 28 de octubre de 2016 se presenta por parte del Grupo de trabajo de relación cooperativa, constituido en el seno del Foro de Grandes Empresas, la “Propuesta para el reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial de las empresas adheridas al Código de Buenas Prácticas Tributarias”<sup>34</sup>, aprobada en la sesión plenaria del Foro de Grandes Empresas de 20-12-2016. Este documento tiene como objetivo desarrollar una propuesta para el reforzamiento de las buenas prácticas de transparencia fiscal empresarial a la que alude el Anexo al CBPT. En esencia, se trata de determinar el contenido y utilización de un informe que podría denominarse “Informe Anual de Transparencia Fiscal para empresas adheridas al CBPT”. Por ello, en la propuesta se detalla en primer lugar el alcance de la información que debe contener el citado Informe Anual, su carácter, uso, forma y plazo de presentación. A su vez se aborda el tipo de actuaciones que podrá desarrollar la AEAT una vez recibidos los informes de transparencia de las empresas adheridas, esto es, cómo explotará la información y las consecuencias que puede tener para las empresas, así como las ventajas o utilidades que obtendrán las empresas adheridas al CBPT en caso de facilitar a la AEAT la información detallada en la Propuesta.

La Propuesta finaliza detallando un conjunto de orientaciones sobre la estructura y el contenido del “Modelo de Informe Anual de transparencia fiscal para empresas adheridas al CBPT”<sup>35</sup>. Se indica, en cuanto a la remisión de esta información, que preferentemente se suministre con carácter previo a la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades y que cada empresa y la AEAT, de mutuo acuerdo, establecerán el contenido y alcance de esta información, así como el formato en el que deberá estar a disposición de la AEAT.

### 3. EL FORO DE ASOCIACIONES Y COLEGIOS DE PROFESIONALES TRIBUTARIOS

La AEAT consideró conveniente establecer un nuevo marco de relación con los intermediarios fiscales (profesionales de la asesoría fiscal). En efecto, la actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal de 2005 llevada a cabo en 2008 les reconoce, en cuanto representantes de los contribuyentes en sus relaciones con la Administración Tributaria, su carácter

---

sas adheridas al CBPT que redundará tanto en una mejora de la seguridad jurídica como en unos menores costes de cumplimiento, contribuyendo a su vez a una reducción de la conflictividad.

34 Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/Grupos\\_Trabajo/INFORME\\_TRANSPARENCIA.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Grupos_Trabajo/INFORME_TRANSPARENCIA.pdf) (últ. consulta 21-2-2019).

35 Por ejemplo, identificación del emisor del informe, estructura y actividad internacional del grupo en su caso, presencia en paraísos fiscales, tributación internacional y aduanera (financiación, gestión de la propiedad industrial e intelectual, servicios intragrupo, operaciones de comercio exterior de bienes y servicios, grado de congruencia con los principios y acciones BEPS), cambios significativos en estructuras *holding* y *subholding*, operaciones societarias más significativas, estrategia fiscal del grupo aprobada por los órganos de gobierno, catálogo de operaciones fiscales sometidas al consejo de administración, instrucciones en materia de prevención de operaciones ilícitas, blanqueo o alzamiento de bienes, entre otras cuestiones.

de “colaboradores cualificados de la Agencia Tributaria en la gestión de los tributos”, pues “les corresponde facilitar a los contribuyentes el conocimiento y comprensión de sus obligaciones fiscales y ayudarles a cumplirlas”<sup>36</sup>.

En la labor que ostentan como colaboradores sociales en la presentación telemática de declaraciones y otros documentos tributarios, conviene establecer un nuevo marco de relación de la AEAT con los intermediarios fiscales como representantes del contribuyente y colaboradores de la AEAT en la prevención del fraude fiscal, todo ello en aras de favorecer su mayor implicación en la lucha contra el fraude. Esta función, que es sin duda responsabilidad de la AEAT, debe contar con el mayor apoyo social y, en particular, con el de quienes, por razón del ejercicio de su función de intermediación, están directamente relacionados con esta tarea.

Entre las medidas propuestas en la actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal se encuentran:

“A) Reforzar la colaboración con los intermediarios fiscales como representantes de los contribuyentes en sus relaciones con la Agencia Tributaria, ampliando los instrumentos que se ofrecen a los profesionales para facilitar y agilizar su labor de intermediación, mediante la habilitación, entre otras medidas, del Registro de Apoderamientos para la realización de trámites por Internet.

B) Impulsar foros de diálogo con los profesionales a través de jornadas o reuniones, en los que se difundirán los criterios de la Agencia Tributaria en la aplicación de los tributos, se analizarán las modificaciones normativas en curso en cada momento y se promoverá el compromiso social de estos profesionales para contribuir al rechazo por parte de los contribuyentes de las conductas defraudadoras”.

En cumplimiento de dichas medidas, el 30-03-2011 se pone en funcionamiento el Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios<sup>37</sup> como órgano de relación cooperativa basada en la transparencia y la confianza mutua, que redundará en beneficio del contribuyente, favoreciendo y facilitando el cumplimiento voluntario de sus obligaciones fiscales, con arreglo a unas normas de funcionamiento<sup>38</sup>.

---

36 El art.92 de la LGT lleva por título “Colaboración social” y, en su redacción original de 2003, ya contemplaba en su apartado 2, que la colaboración social en la aplicación de los tributos “podrá instrumentarse a través de acuerdos de la Administración tributaria con otras Administraciones públicas, con entidades privadas o con instituciones u organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales”, mientras que en el apartado 3 detalla los aspectos en los que podrá llevarse a cabo la misma, entre otros, la simplificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, asistencia en la realización de autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones y en su correcta cumplimentación, la presentación y remisión a la Administración tributaria de autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones o cualquier otro documento con trascendencia tributaria, previa autorización de los obligados tributarios. Por último en su apartado 4 se detalla que la Administración tributaria podrá señalar los requisitos y condiciones para que la colaboración social se realice mediante la utilización de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

37 El Foro está presidido por el titular de la Dirección General de la AEAT, siendo miembros del mismo, representantes de la AEAT (titulares de los Departamentos de Gestión Tributaria, de Inspección Financiera y Tributaria, de Recaudación, de Aduanas e Impuestos Especiales y de Informática Tributaria, el titular del Servicio de Planificación y Relaciones Institucionales, del Servicio Jurídico y de la Delegación Especial de Cataluña de la AEAT) y representantes de las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios (Asociación Española de Asesores Fiscales –AEDAF-, Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios –AECE-, Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de los Colegios de Agentes y Comisionistas de Aduanas, Consejo General de los Colegios de Gestores Administrativos de España, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, Federación Española de Asociaciones Profesionales de Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales –FETTAF-, Gabinete de Gestores Administrativos y Asesores Fiscales –GESAF- y Registro de Economistas y Asesores Fiscales –REAF-/ Registro General de Asesores Fiscales –REGAF-).

38 Las normas de funcionamiento del Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios pueden consultarse en: [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia)

Son objetivos del Foro:

- Profundizar en el conocimiento mutuo entre la Agencia Tributaria y los profesionales representados en él, en un marco de cooperación, transparencia, rigor técnico, objetividad, proporcionalidad y receptividad.
- Aumentar la seguridad jurídica en las relaciones de los contribuyentes y los profesionales tributarios con la Agencia Tributaria.
- Contribuir a la mejora de la aplicación del sistema tributario.
- Contribuir a la prevención del fraude fiscal<sup>39</sup>.

### 3.1. LOS CÓDIGOS DE BUENAS PRÁCTICAS DE ASOCIACIONES Y COLEGIOS DE PROFESIONALES TRIBUTARIOS Y EL DE PROFESIONALES TRIBUTARIOS:

La reforma del apartado 2 del art.92 LGT, operada por el art.único.16 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, añade al final del mismo la instrumentación de la colaboración social de manera específica con los colegios y asociaciones de profesionales de la asesoría fiscal, con el objeto de facilitar el desarrollo de su labor en aras de potenciar el cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias.

Consecuencia de este espaldarazo legal, en el acta de la reunión del Foro de Asociaciones y de Colegios Profesionales Tributarios, correspondiente a la undécima sesión del pleno, celebrada el 4-7-2017, se recoge la elaboración de un borrador del Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios, en el que se han tenido en cuenta las observaciones y comentarios que se recibieron de parte los colaboradores sociales.

Tiene como objetivo avanzar en el modelo de relación cooperativa entre la AEAT y las Asociaciones y Colegios profesionales tributarios, integrando también a los intermediarios fiscales como elemento fundamental para generalizar las buenas prácticas tributarias entre los contribuyentes.

El código, si bien fue aprobado por una mayoría de los miembros del Foro en la duodécima sesión del pleno, celebrada el 28-11-2017, cuyo texto definitivo llevado a votación incorporó mejoras técnicas derivadas de las observaciones que aportaron tanto la AEAT como las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios<sup>40</sup>, aún no sería de aplicación por cuanto en la decimotercera sesión del pleno del Foro, celebrada el 3-7-2018, a la hora de aprobar el acta de la sesión anterior se presentaron objeciones a la misma por uno de los miembros<sup>41</sup>, lo que condujo

---

Tributaria/Segmentos\_Usuarios/Colaboradores/Foro\_de\_Asoociaciones\_y\_Colegios\_de\_Profesionales\_Tributarios/Normas\_funcionam.pdf

39 Cfr.:[https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Colaboradores/Foro\\_de\\_Asoociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Nota\\_informativa.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Colaboradores/Foro_de_Asoociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Nota_informativa.pdf) (últ.consulta 21-2-2019).

40 Se contempla la mención específica en el texto del Código a los Agentes de Aduanas y Representantes Aduaneros; se matiza el concepto de “prácticas de planificación fiscal agresiva” como aquellas que tienden ilegalmente a la elusión o minoración de impuestos; se subraya el respeto a los límites que impone el deber de secreto profesional en la información suministrada; introduciéndose la posibilidad de crear un logo que identifique a las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios, así como a los intermediarios fiscales, que se hayan adherido al Código. Cfr.: Acta de la Decimosegunda sesión: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Colaboradores/Foro\\_de\\_Asoociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Sesiones\\_del\\_Pleno/Decimosegunda\\_sesion/Acta\\_de\\_la\\_sesion.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Colaboradores/Foro_de_Asoociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Sesiones_del_Pleno/Decimosegunda_sesion/Acta_de_la_sesion.shtml)

41 Dichas objeciones se apoyan en que las normas de funcionamiento del Foro en su apartado III.1.7 disponen que “*Los acuerdos se adoptarán siempre por consenso entre los asistentes a las reuniones del Pleno*” y puesto que el diccionario de la RAE define consenso como “*acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo*”, por lo que considera que el Código de Buenas Prácticas no pudo quedar aprobado, pues hubo dos asociaciones que votaron en contra.

a la decisión de remitir por parte de la Secretaría Técnica del Foro a las asociaciones el texto mejorado del Código que fue objeto de análisis en el Grupo de Trabajo previo a la celebración del Pleno para se pronuncien sobre el contenido mínimo que estarían dispuestas a asumir<sup>42</sup>.

De hecho, el orden del día de la Decimocuarta reunión del Pleno del Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios, celebrada el 27-II-2018, contemplaba como punto 5º informar acerca del “Estado del proyecto de Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios”.

Ha sido en la Decimoquinta reunión del Pleno del Foro, celebrada el 2-7-2019, en la que se han aprobado tanto el Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios<sup>43</sup> como el Código de Buenas Prácticas de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios<sup>44</sup>. A continuación se expondrán algunos de los principios y compromisos a asumir por las partes:

A) PRINCIPIOS: Los principios que presiden el Código de Buenas Prácticas de los Profesionales Tributarios son:

- Voluntariedad en la adhesión al código, pues va más allá del cumplimiento normativo, ya que nace de la convicción libre de asumir una serie de recomendaciones tendentes a mejorar la aplicación del sistema tributario a través del incremento de la seguridad jurídica, la cooperación recíproca basada en la buena fe y la confianza legítima.
- Bilateralidad de los compromisos a asumir, con el objetivo de garantizar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.
- Transparencia y confianza entre las partes.
- Mutuo acuerdo y colaboración.
- Confidencialidad y privacidad de la información suministrada, dada la reserva de los datos tributarios recogida en la LGT y el deber de secreto profesional. El texto definitivo añade que la AEAT debe “proteger la información personal a la que tenga acceso, sin difundirla a terceros, salvo que lo prevea la ley”.
- Facilidad en la comunicación, propiciada por la mayor mediatez que produce la extensión de la utilización de medios electrónicos, así como la posibilidad de obtener cita previa, especialmente en casos singulares o de mayor complejidad (esta posibilidad no existía en el proyecto de Código).

---

<sup>42</sup> El nuevo Presidente del Foro y Director General de la AEAT se mostró partidario de aprobar el Código por consenso, entendiendo este término como aprobación por unanimidad, recordando que el CBPT aprobado en el seno del Foro de Grandes Empresas, se aprobó como un documento marco con un determinado nivel de compromisos y a partir de ahí se han ido creando otros mecanismos de desarrollo del modelo cooperativo. Hay muchas entidades que no han suscrito el Código, pero también hay otras muchas que han mostrado un mayor nivel de compromiso presentando el denominado “Informe Anual de Transparencia Fiscal”, por lo que propone desarrollar en este Foro un modelo similar al del Foro de Grandes Empresas, con una estructura modular. Es decir, sería necesario identificar qué parte del texto actual sería aceptable para todos los integrantes del Foro y, a partir de ahí, avanzar en un modelo donde cada miembro podría ubicarse en el módulo que entendiéndose más adecuado. A su vez considera que se podrían plantear en un futuro, como ha hecho la propia Unión Europea, mecanismos de cooperación reforzada y la aprobación por mayoría simple o cualificada de determinadas cuestiones, manteniéndose la necesidad de consenso en los temas nucleares. Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Colaboradores/Foro\\_de\\_Aso-ciaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Sesiones\\_del\\_Pleno/Decimotercera\\_sesion/Acta\\_de\\_la\\_sesion.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Colaboradores/Foro_de_Aso-ciaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Sesiones_del_Pleno/Decimotercera_sesion/Acta_de_la_sesion.shtml) (punto 2 del orden del día).

<sup>43</sup> Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Colaboradores/Foro\\_de\\_Aso-ciaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Codigos\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias/Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Colaboradores/Foro_de_Aso-ciaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Codigos_de_Buenas_Practicas_Tributarias/Codigo_de_Buenas_Practicas_de_Profesionales_Tributarios/Codigo_de_Buenas_Practicas_de_Profesionales_Tributarios.shtml)

<sup>44</sup> Cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Colaboradores/Foro\\_de\\_Aso-ciaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Codigos\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Tributarias/Codi-go\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_de\\_Aso-ciaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Colaboradores/Foro_de_Aso-ciaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Codigos_de_Buenas_Practicas_Tributarias/Codi-go_de_Buenas_Practicas_de_Aso-ciaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios.shtml)

## B) COMPROMISOS A ASUMIR POR LAS PARTES:

1. Compromisos a asumir por las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios:
  - Disponer de un Código Deontológico o instrumento equivalente, de adhesión voluntaria para sus asociados<sup>45</sup>, que deberá ser accesible en la web de la asociación o colegio.
  - Disponer de manuales de cumplimiento voluntario que determinen los criterios de trabajo y las recomendaciones de los asociados a sus clientes oponiéndose a conductas contrarias al ordenamiento jurídico.
  - Fomentar las relaciones en formato electrónico entre sus asociados y la AEAT, así como el uso de los instrumentos existentes para evitar conflictos tributarios.
  - Proporcionar formación permanente y actualización de conocimientos técnicos a sus asociados.
  - Trasladar a la AEAT propuestas de mejora de sus actuaciones generales, así como incidencias detectadas cuando se promueva un cambio legislativo significativo.
  - Facilitar a la Agencia Tributaria, respetando los límites que impone el deber de secreto profesional, irregularidades que detecten los asociados cuando éstas afecten al normal funcionamiento del sistema tributario o a la competencia en el mercado, ofreciendo pruebas de las irregularidades cuando se disponga de ellas (casos de fraude).
  
2. Compromisos a asumir por los intermediarios fiscales:
  - Estar adherido al Código Deontológico, o instrumento equivalente, de la Asociación o Colegio al que pertenezca.
  - Informar a los clientes a los que se presten servicios de asesoramiento de la necesidad de evitar y prevenir cualquier planteamiento que suponga una práctica tributaria y aduanera fraudulenta o ilegal.
  - Velar para que la actuación de sus clientes sea leal y conforme con la legislación fiscal vigente, advirtiéndoles de la ilegalidad de las conductas engañosas, fraudulentas o maliciosas que detecten y no colaborando en su ejecución.
  - Evitar la utilización de estructuras opacas en la planificación de estrategias fiscales que se presten en el asesoramiento a los clientes<sup>46</sup>.
  - Prevenir e instar a corregir, las conductas de los clientes encaminadas a provocar riesgos fiscales importantes.
  - En los procedimientos en los que el intermediario fiscal ponga de manifiesto su condición de persona adherida al Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios y su voluntad de agilizar la tramitación del procedimiento y reducir la litigiosidad, el intermediario fiscal colaborará con la AEAT para clarificar, lo antes posible, las cuestiones controvertidas que sean puestas de manifiesto en el marco del procedimiento inspector, atendiendo a los requerimientos de información y documentación que le sean solicita-

---

<sup>45</sup> El proyecto de código establecía la adhesión obligatoria.

<sup>46</sup> A los efectos del código “Se entenderán como tales aquéllas en las que, mediante la interposición de sociedades instrumentales situadas en paraísos fiscales o territorios no cooperantes con las autoridades fiscales, estén diseñadas con el propósito de impedir el conocimiento por parte de la Agencia Tributaria de los responsables finales de las actividades o los titulares últimos de los bienes o derechos implicados. Asimismo, se considerarán estructuras opacas la utilización de sociedades instrumentales en operaciones de importación o intracomunitarias, aun cuando no estén radicadas en paraísos fiscales, constituidas o utilizadas con el fin de impedir o dificultar el conocimiento por parte de la Agencia Tributaria de los responsables finales de las operaciones”.

dos con la mayor agilidad posible, y aportando toda aquella información que pueda ser relevante para el desarrollo del procedimiento de la forma más rápida y completa posible.

- Promover las relaciones en formato electrónico con la AEAT, así como mantener actualizados los datos censales propios y de sus clientes.
- Difundir entre sus clientes el uso de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico tributario para evitar los conflictos.
- Poner en conocimiento de la Asociación o Colegio, respetando los límites que impone el deber de secreto profesional, las irregularidades que detecte él o sus clientes respecto de presuntas conductas fraudulentas generalizadas en un sector que puedan afectar al normal funcionamiento del sistema tributario o a la competencia en el mercado.
- Participar en las actividades formativas permanentes que sean necesarias para actualizar sus conocimientos técnicos.
- Cumplir con los estándares de calidad establecidos por la Asociación o Colegio de Profesionales Tributarios al que pertenezcan, utilizando los manuales de cumplimiento voluntario que determinan los criterios para realizar su trabajo.

### 3. Compromisos a asumir por la Agencia Tributaria:

- Se establecerá un canal de comunicación específico en la página web de la AEAT donde las Asociaciones y Colegios puedan formular cuestiones en los términos que se establezcan entre ambas partes.
- Se impulsará evitar la verificación presencial de documentación y los desplazamientos a las oficinas de la AEAT.
- Publicación de los criterios aplicables en los procedimientos de control, especialmente cuando se produzcan cambios legislativos significativos, en tanto sean susceptibles de ser aplicados con carácter general.
- Reducción de cargas fiscales indirectas e impulso de la utilización de las nuevas tecnologías, favoreciendo el uso de los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico tributario tendentes a la minoración de conflictos.
- Garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los contribuyentes, así como el de los profesionales y demás colaboradores sociales en el ejercicio de su profesión y de sus normas reguladoras legalmente aprobadas.
- Participar en cursos o jornadas de tratamiento de temas de interés para las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios y Representantes Aduaneros.
- Organizar campañas de divulgación y comunicación específicamente dirigidas a las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios adheridas al Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios, y recoger su contenido en una sección de la web de la AEAT.
- Reconocimiento de las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios que voluntariamente se adhieran al Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios.
- Analizar las solicitudes de unificación de criterio que planteen las Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios, cuando comuniquen actuaciones dispares por parte de la Agencia Tributaria en procedimientos similares.

Una simple lectura de los compromisos a asumir por las Asociaciones, Colegios de profesionales tributarios e intermediarios fiscales y los comprometidos por la AEAT pone de manifiesto

que esta última se encuentra en clara posición de ventaja frente al resto, circunstancia que ya fue advertida por el representante de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) al destacar “una manifiesta inequidad entre los compromisos que se le exigen a los asesores fiscales y los que asume la Agencia Tributaria”, así como que para que realmente exista ese espíritu colaborativo “es necesario generar un ambiente adecuado de confianza mutua, no siendo este precisamente el escenario en que se encuentran en el desarrollo de su actividad”, considerando que la “transposición de la DAC6 parece la ocasión idónea para arbitrar el escenario en que desarrollar el asesoramiento fiscal bajo unos parámetros de confianza y seguridad”<sup>47</sup>.

En efecto, consideramos que la trasposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018<sup>48</sup>, puede servir para dar un impulso definitivo para la aprobación del Código<sup>49</sup>. Esta Directiva, también conocida como DAC 6 (por sus siglas en inglés: Directive on Administrative Cooperation), modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. La Directiva constituye una medida anti-abuso fiscal que viene a desarrollar los principios fijados por la Acción 12 del plan BEPS<sup>50</sup>. En ella se establece la obligación de comunicación e información por parte de los intermediarios o, en su defecto, a los propios contribuyentes, de comunicar e informar a las Administraciones tributarias de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal que puedan resultar potencialmente agresivos o abusivos, en los que concurren las señas distintivas o características y elementos reveladores de indicios claros de elusión o fraude fiscales previstos en su Anexo IV<sup>51</sup>. Y, aunque como acabamos de afirmar, el ámbito de aplicación de la Directiva se limita a los mecanismos transfronterizos, podría dar pie a que los Estados miembros lleven

47 Cfr.: Acta de la reunión del Pleno del Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios celebrada el 3-7-2018. [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Colaboradores/Foro\\_de\\_Asoociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Sesiones\\_del\\_Pleno/Decimotercera\\_sesion/Acta\\_de\\_la\\_sesion.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Colaboradores/Foro_de_Asoociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Sesiones_del_Pleno/Decimotercera_sesion/Acta_de_la_sesion.shtml) (últ.consulta 26-2-2019).

Incluso en la reunión anterior, celebrada el 28-11-2017, el representante de REAF ya puso de manifiesto que no querían “poner a sus asociados en la tesitura de tener que comprobar de sus clientes una serie de datos que no tienen claro cuáles son y que, además, los que decidan no adherirse para no comprometerse a realizar verificaciones, de alguna manera, queden señalados al no figurar en el listado de adheridos al Código”; cfr.: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos\\_/Colaboradores/Foro\\_de\\_Asoociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Sesiones\\_del\\_Pleno/Decimosegunda\\_sesion/Acta\\_de\\_la\\_sesion.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Colaboradores/Foro_de_Asoociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Sesiones_del_Pleno/Decimosegunda_sesion/Acta_de_la_sesion.shtml) (últ.consulta 26-2-2019).

48 Se establece como fecha límite el 31-12-2019. Los Estados miembros exigirán las nuevas obligaciones de información a partir del 1-7-2020, si bien estas obligaciones deberán incluir aquellos acuerdos cuya primera fase se haya ejecutado entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva, el 25-6-2018 y la fecha de aplicación de la Directiva (1-7-2020); pero, como afirma CALDERÓN CARRERO, “tal previsión de la Directiva (nueva redacción dada al apartado 12 del art.8 bis ter de la Directiva 2011/16) puede plantear problemas con el principio de seguridad jurídica considerando tal retroactividad. Las primeras declaraciones informativas se presentarán por los obligados tributarios a partir de 31 de agosto de 2020 y serán objeto de intercambio a partir de 31 octubre de 2020”, cfr.: CALDERÓN CARRERO, J.M.: El nuevo marco europeo de transparencia sobre esquemas transfronterizos sujetos a declaración por intermediarios fiscales y contribuyentes: las “EU tax disclosure rules” y sus implicaciones”, *Rev.Quincena Fiscal*, nº10, 2018.

49 Incluso el Código tiene más pretensiones que incluso la propia Directiva. Vid., en este sentido, MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implantación de un Manual de Buenas Prácticas (Compliance)*, Ed.Lefebvre, Madrid, 2018, pág.100.

50 En realidad, la Directiva va más allá de lo que contempla y requiere el informe de la acción 12 de BEPS. Como afirma CALDERÓN CARRERO, J.M.: op.cit., la OCDE no propone un mecanismo de declaración obligatoria combinado con el intercambio automático de dichas declaraciones, recordándonos que las medidas que recoge la acción 12 no constituyen un estándar mínimo sino directrices basadas en las mejores prácticas internacionales en la materia.

51 El legislador comunitario utiliza estas señas distintivas para identificar mecanismos potencialmente abusivos sometidos al deber de revelación en lugar de incluir un concepto de planificación fiscal agresiva. Vid., en similares términos: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M.: “La Directiva UE 2018/822 y la nueva obligación de informar de los intermediarios fiscales”, *Rev.Quincena Fiscal*, nº3, 2019.

a cabo medidas similares para imponer la obligación de informar sobre estructuras análogas que se desarrollen en el ámbito interno, excluyéndose en ese caso la comunicación preceptiva a las Administraciones fiscales de otros Estados miembros<sup>52</sup>.

Por último queremos destacar el hecho de que esta Directiva está siendo objeto de críticas, que también pueden hacerse extensivas al Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios, pues no solo estamos ante una nueva obligación de comunicación e información sobre cuestiones tributarias sino también ante la sospecha de que cualquier actuación de los contribuyentes orientada a reducir su carga fiscal, dentro de la legalidad vigente puede constituir un potencial fraude, evasión o elusión fiscal<sup>53</sup>. El derecho a no autoinculparse reconocido expresamente en el art.24.2 de la Constitución española, y de manera implícita en el art.6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), podría limitar esta obligación de comunicación e información ante el riesgo de autoinculpación, pero incluso el impacto de la Directiva 2018/822 sobre los derechos de estos obligados tributarios va a ser distinto debido a que la protección que se otorga a los derechos de secreto profesional y de no autoinculpación es diferente en los distintos Estados miembros de la Unión Europea<sup>54</sup>.

## V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CUMPLIMIENTO COOPERATIVO

Como consecuencia del cambio de paradigma en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, los Estados tienden a estratificar a los contribuyentes en diferentes grupos. Como ha quedado reflejado en este trabajo, en España se han creado dos Foros (Grandes Empresas y Asociaciones y Colegios Profesionales Tributarios), con tratamientos fiscales diferentes en función del grado de cooperación con la Administración Tributaria: ¿esto implica respetar el principio de igualdad tributaria? Es cierto que no es la primera vez que en nuestro ordenamiento jurídico se da un trato diferente a determinados contribuyentes, como es el caso del régimen de estimación objetiva de rendimientos en el IRPF.

Las dudas que podrían suscitarse acerca de la inclusión de sólo algunos contribuyentes en el ámbito del cumplimiento cooperativo en relación con cierto trato de favor y el respeto al principio de igualdad tributaria deben hacernos reflexionar acerca del especial cuidado que debe tenerse a la hora de llevar a cabo una regulación de la relación cooperativa que sólo tenga en cuenta a un reducido grupo de contribuyentes, pues una regulación tributaria excesivamente privilegiada para las grandes empresas y sin una justificación razonable que la ampare podría estar vulnerando principios constitucionales como el de generalidad e igualdad tributaria<sup>55</sup>.

52 Vid., en similares términos, GÓMEZ TABOADA, J.: “DAC 6. El “Gran Hermano” llegó”, *Rev.El Notario del Siglo XXI*, nº81, 2018, pág.176.

53 Cfr.: QUINTAS BERMUDEZ, J.: “Planificación fiscal: obligaciones de comunicación de intermediarios y contribuyentes: Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018 (“DAC6”): síntesis y crítica”, en *Rev.Quincena Fiscal*, nº22, 2018. El mismo autor pone de manifiesto que los costes de cumplimiento de las obligaciones de comunicación establecidas por la Directiva, aplicados en la máxima extensión que permitiría su literalidad estricta, supondrán probablemente un considerable incremento de la presión fiscal indirecta por costes de cumplimiento. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M.: *op.cit.*, se refiere a la creación de una nueva obligación formal de información y la colisión con el derecho al secreto profesional del intermediario fiscal, por lo que la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva “exigirá de manera indefectible un esfuerzo de conciliación con ese derecho (y deber) reconocido constitucional y legalmente (art.24.2 último párrafo de la Constitución española, art.199 Código Penal, art.542 Ley Orgánica del Poder Judicial, arts.32, 34, 42, 84, 85 y 86 Estatuto General de la Abogacía y el art.5 Código Deontológico de la Abogacía)”.

54 Cfr., en similares términos: CALDERÓN CARRERO, J.M., *op.cit.*

55 En este sentido, la AEDAF ha establecido que “para evitar situaciones que entraran en colisión con nuestro principio constitucional de igualdad ante la ley, el modelo de relación cooperativa debería extenderse también a las PYMEs y autónomos, opción que ya se está empezando a explorar en algunos países de nuestro

Como es sabido, el principio de igualdad exige igual trato ante iguales y trato diferente frente a los diferentes: ¿es ésta es una de las finalidades del cumplimiento cooperativo?

Sin perjuicio de que consideramos necesario ampliar el número de contribuyentes que puedan verse beneficiados por este cambio de paradigma, ya que la idea que pivota es la de otorgar seguridad jurídica a los contribuyentes a cambio de transparencia, la posibilidad de que los contribuyentes sean transparentes en sus relaciones con la Administración tributaria debería hacerse viable para todos, de manera que pudiera conseguirse un trato fiscal que dejase fuera de toda duda cualquier tipo de discriminación.

Precisamente, el Código del Contribuyente Europeo recoge como uno de los principios generales el “Trato no discriminatorio y equitativo de los contribuyentes”, constituyendo expectativas de los contribuyentes con respecto a las administraciones tributarias: que sean coherentes con el principio de no discriminación y promuevan la igualdad de trato ante la ley, así como que garanticen que todos los contribuyentes puedan acceder a la información y los servicios en función de sus necesidades<sup>56</sup>.

De todos modos, y en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional español en relación con el principio de igualdad tributaria, y a pesar de lo deseable que sería ampliar el modelo de cumplimiento cooperativo a un mayor número de contribuyentes, no consideramos que aquél esté sin embargo vulnerado con el actual sistema de cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias. En efecto, el TC tiene elaborada en numerosas sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales resume en el FJ5 la STC 10/2005, de 20 de enero: “a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3). Pero aún debemos hacer una precisión más [...]. Esta precisión es importante porque la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte, y en la materia tributaria es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance del art. 14 en un precepto, el art. 31.1, ((...)), pues la igualdad ante la ley tributaria resulta indisoluble de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad igualmente enunciados en el art. 31.1 CE (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3, por todas)[...], no debiendo olvidarse que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando «se utiliza

---

entorno. Lógicamente, para gestionar eficazmente tal modelo de forma generalizada, nuestra Administración tributaria debería ser dotada con medios adecuados”; Cfr.: AEDAF: “La relación cooperativa en España. Propuestas para un modelo de éxito”, Paper nº12, 2017, pág.12.

56 Cfr.: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/guidelines\\_for\\_a\\_model\\_for\\_a\\_european\\_taxpayers\\_code\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/guidelines_for_a_model_for_a_european_taxpayers_code_es.pdf) (consultado el 15-02-2019).

un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31<sup>o</sup> (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8<sup>o</sup>).

Esta justificación razonable que ampararía el respeto al principio de igualdad tributaria con el actual modelo de cumplimiento cooperativo vendría de la mano de las características y principios que justifican su establecimiento en el contexto actual: transparencia de los contribuyentes al revelar esquemas de planificación fiscal, confianza mutua, colaboración, seguridad jurídica, disminución de la litigiosidad y aumento de la recaudación tributaria, entre otros.

## VI. COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Como habíamos afirmado al inicio de este trabajo, la vaguedad del término *compliance* aporta el significado de actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, lo cual no aporta nada nuevo, si bien la implantación de sistemas de cumplimiento normativo también en el ámbito de la contratación pública va a tener consecuencias jurídicas, como veremos a continuación.

Las Directivas europeas en materia de contratación pública aprobadas en 2014 tienen, entre otros objetivos, evitar la corrupción ligada a la contratación pública, para lo que se contemplan medidas y actuaciones que implican un mayor control y transparencia<sup>57</sup>.

Por lo que se refiere a la Directiva 2014/24/UE, introduce una novedad importante en lo relativo no sólo al *compliance* penal<sup>58</sup>, sino también tributario<sup>59</sup>, medioambiental, social o laboral, entre otros, al reconocer determinados efectos a las personas jurídicas que se hayan dotado de programas de *compliance*<sup>60</sup>. En concreto, y centrándonos en el ámbito de la contratación

57 Cfr.: Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (que deroga la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros), y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales (que deroga la Directiva 2004/17/CE). La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que traspone al ordenamiento jurídico español las dos primeras Directivas, contempla, como no podía ser de otro modo, dicho objetivo.

58 Vid., en este mismo sentido, LÓPEZ DONAIRE, M.B.: “Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública”, Rev.Gabilex, nº6, junio 2016 ([www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es), últ.consulta 11-7-2019).

59 Entendido éste en un sentido muy amplio, comprensivo de las cotizaciones a la Seguridad Social, como prestaciones patrimoniales de carácter público. Precisamente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, introdujo en el ordenamiento tributario español el concepto de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, entre las que no se encuentran las cotizaciones a la Seguridad Social (su Disposición final duodécima introduce un nuevo apartado 6 al art.20 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, con efectos desde el 9 de marzo de 2018). Recientemente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019 avala esta regulación de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

60 En efecto, ello se pone de manifiesto, entre otros, en los siguientes considerandos:

-Considerando 37: “En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión...”.

-Considerando 39: “(...)También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público...”.

-Considerando 40: “El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos,

pública, según el artículo 57.6 de la Directiva, los operadores económicos evitarán incurrir en prohibición de contratar, si acreditan contar con medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas<sup>61</sup>, esto es, si acreditan contar con programas de cumplimiento normativo o compliance. No obstante, adoptar programas de compliance no supone automáticamente una causa exoneradora de responsabilidad<sup>62</sup>, ni tampoco evita a priori la prohibición de contratar; debe demostrarse por el operador económico la fiabilidad del *compliance*<sup>63</sup>.

Es en el art.71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) donde se establecen las prohibiciones de contratar<sup>64</sup>, mientras que en aplicación del apartado 5 del art.72 de la LCSP se puede evitar la prohibición de contratar cuando se acredite por parte de quien esté incurso en causa de prohibición:

–“el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución<sup>65</sup>”, y

al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado”.

–Considerando 100: “No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero O de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión”.

–Considerando 101: “Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial...”.

61 Dispone este precepto: “Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas...».

62 La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado destaca que los programas de compliance no deben considerarse como un seguro frente a la acción penal para las empresas. Como afirma QUINTERO OLIVARES, los programas de compliance no son una “vacuna anti-responsabilidad penal” o una “coraza protectora”; cfr.: QUINTERO OLIVARES, G.: “Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A.(Dirs.): *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág.112. El mismo autor considera que el peor favor que podría hacerse a estos programas sería darles la función de “dique de contención de la responsabilidad penal, aunque sin duda ese fuera un excelente reclamo publicitario”, op.cit., pág.155.

63 En este sentido, LÓPEZ DONAIRE, M.B.: “Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Rev.Contratación Administrativa Práctica*, nº153, 2018, pág.3.

64 Por su parte, la Ley General Tributaria contempla dos sanciones accesorias consistentes en la prohibición para contratar con la Administración pública en los términos y plazos establecidos en los apartados 1.b) y 2.b) de su artículo186.

También la Ley 38/2003, General de Subvenciones, incluye como sanciones accesorias la prohibición para celebrar contratos con la Administración u otros entes públicos en los términos y plazos establecidos en sus arts.59.3.c), 62.2.b) y 63.2.b).

65 Nos sorprende que el compromiso de pago se equipare al pago de las multas e indemnizaciones a los efectos de considerar justificada la fiabilidad del licitador. En este sentido, aunque refiriéndose a lo dispuesto en la Directiva 2014/24, vid.: ALMENAR BELENGUER, J.: “El nuevo régimen de Compliance frente a las prohibiciones de contratar del sector público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº929/2017, parte Comentario, pág.1.

–“la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia<sup>66</sup>”.

No obstante, esta posibilidad de evitar la prohibición de contratar no será aplicable a las personas que hayan “sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio”; tal y como dispone la letra a) del art.71.1.1 de la LCSP. Prohibición de contratar que, según esta misma disposición, “alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado”.

En realidad, estos delitos a los que se refiere el precepto transcrito, por los que puede responder penalmente la persona jurídica y los delitos que suponen prohibición de contratar para los operadores económicos, ponen de manifiesto la evidente influencia que tiene el *compliance* previsto en el Código Penal en la LCSP<sup>67</sup>.

66 La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, introdujo un procedimiento de clemencia inspirado en el modelo vigente en el ámbito comunitario (contenido, entre otros, en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, publicada en el DOUE C 298/17, de 8 de diciembre de 2006), conforme al cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas para la investigación, siempre que no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido. También contempla la reducción del importe de la correspondiente multa a las empresas que, no reuniendo los requisitos para la exención total, colaboren con la investigación. La definición de programa de clemencia la otorga el apartado 3 de la Disposición Adicional Cuarta de la citada ley, según la cual sería “todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”. Los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, desarrollan el programa de clemencia, regulándose los procedimientos de exención y de reducción del importe de la multa, previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia. Además, debemos añadir al respecto que el DOUE de 14-1-2019 ha publicado la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, siendo previsible la introducción de cambios regulatorios del programa de clemencia de la Ley de Defensa de la Competencia (la directiva fija el 4 de febrero de 2021 como fecha límite para adoptar las disposiciones normativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma), pues la Directiva pone de manifiesto las diferencias existentes entre los programas de clemencia de los distintos Estados miembros, lo cual pone en peligro la igualdad de condiciones de competencia entre las empresas que operan en el mercado interior, siendo necesario incrementar la seguridad jurídica impulsando el atractivo de estos programas en toda la UE, reduciendo estas diferencias, a la vez que obliga a los Estados miembros a elegir entre la protección total del solicitante de clemencia en el ámbito penal o la posibilidad de atenuar las sanciones penales a los solicitantes de exención, teniendo en cuenta su responsabilidad personal o su contribución a la infracción.

67 Cfr.: LÓPEZ DONAIRE, M.B.: *últ.op.cit.*, pág.4.

En todo caso, como un modo de combatir la corrupción ligada a la contratación pública pero también como medida de prevención, sería deseable, aprovechando la existencia del programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia, que se pudieran articular con carácter general canales de denuncia (whistleblowing) así como medidas de protección al denunciante (en este sentido cabe destacar la recientemente aprobada Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión).

En aras de conseguir una mayor seguridad jurídica pero sobre todo garantizar un uso más eficiente de los recursos públicos, consideramos necesario profesionalizar la contratación pública, tal y como se pone de relieve en la Recomendación UE 2017/1805, de la Comisión de 2-10-2017, sobre profesionalización de la contratación pública, pues los compradores públicos necesitan estar en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad; la mejora y el respaldo de la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar a fomentar su impacto en el conjunto de la economía<sup>68</sup>.

Consideramos así mismo que los programas de compliance no sólo deberían ser tenidos en cuenta a efectos de una posible exoneración o atenuación de la responsabilidad penal, sino que también deberían ser tenidos en cuenta como requisito para concurrir a una licitación pública o ser adjudicatario de un contrato público<sup>69</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

El compliance tributario no constituye algo novedoso, hunde sus raíces en los orígenes del constitucionalismo moderno, donde se establece el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica. La traducción del término implica y exige el cumplimiento de la norma tributaria, cuyo incumplimiento conlleva la imposición de sanciones<sup>70</sup>.

El cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias puede constituir un modo de evitar la imposición de sanciones o al menos minorarlas.

---

68 A la profesionalización en este ámbito también se refiere CAMPOS ACUÑA, C.: “Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión”, Rev.Gabilex, nºExtraordinario, 2019, Vol.I, pág.34.

69 En EE.UU. desde 2018 es preciso para contratar con la Administración pública federal contar con un programa de cumplimiento anticorrupción. En efecto, la normativa de contratos públicos se vio influida por el fraude en la adquisición de armamento. Por parte del Departamento de defensa de los EE.UU., para adjudicar contratos se requería que las empresas contratistas contaran con medidas preventivas de fraudes; requisitos que después se extenderían a las empresas farmacéuticas y sanitarias, como modo de presión para que las empresas contratistas colaborasen a cambio de acuerdos negociados en el descubrimiento de fraudes. Cfr., NIETO MARTÍN, A.: “El cumplimiento normativo”, en AA.VV.: *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op.cit., pág.29. Para CAMPOS ACUÑA, C.: *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, Ed.Cemci, Granada, 2017, pág.138: “la evolución que está experimentando la normativa europea parece conducir a que en el futuro la Administración pública exija un Compliance Program penal a todas las empresas que contraten con el sector público”; partidaria de esta misma propuesta se expresa también LOPEZ DONAIRE, M.B.: *últ.op.cit.*, pág.8.

70 Precisamente el BOE de 7 de diciembre de 2018 publicó la Resolución de 3 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, por la que se sometían a información pública los proyectos de norma UNE que la Asociación Española de Normalización tenía en tramitación, correspondientes al mes de noviembre de 2018, entre los que se encontraba el proyecto sobre “Sistemas de gestión de compliance tributario. Requisitos con orientación para su uso”, con código PNE 19602. Una vez publicado definitivamente en febrero de 2019, podemos afirmar que nos encontramos ante un modelo normalizado de cumplimiento normativo y control de riesgos fiscales con la finalidad, en su caso, de evitar o disminuir responsabilidades tributarias y de acreditar la diligencia en la gestión y el control tributario por parte de las entidades.

El Plan BEPS implica un compromiso de los Estados para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios, haciendo someter las rentas en el lugar donde se generen, pero además también exige a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva (acción 12), de ahí que en el ámbito de la UE se aprueben Directivas tendentes a dar cumplimiento a las medidas adoptadas en el plan BEPS, si bien con un alcance que va más allá de BEPS.

De hecho, la Directiva 2018/822 está siendo objeto de críticas, que también podemos extrapolar al Código de Buenas Prácticas de Profesionales Tributarios, elaborado en el Foro de Asociaciones y Colegios Profesionales Tributarios, ya que la obligación de informar sobre cuestiones tributarias se amplía a la sospecha de que cualquier actuación de los contribuyentes orientada a reducir su carga fiscal, si bien el derecho a no autoinculparse reconocido tanto en la Constitución española como en el CEDH, podría limitar esta obligación de comunicación e información ante el riesgo de autoinculpación, siendo incluso distinto el impacto de esta Directiva sobre los derechos de estos obligados tributarios, pues la protección de los derechos a no autoinculparse y el secreto profesional difiere en los Estados miembros de la Unión Europea.

Como consecuencia del cambio de paradigma en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, los Estados tienden a estratificar a los contribuyentes en diferentes grupos. Como ha quedado reflejado en este trabajo, en España se han creado dos Foros (Grandes Empresas y Asociaciones y Colegios Profesionales Tributarios), con tratamientos fiscales diferentes en función del grado de cooperación con la Administración Tributaria: ¿esto implica respetar el principio de igualdad tributaria? Es cierto que no es la primera vez que en nuestro ordenamiento jurídico se da un trato diferente a determinados contribuyentes, como es el caso del régimen de estimación objetiva de rendimientos en el IRPF.

En relación con la inclusión de sólo algunos contribuyentes en el ámbito del cumplimiento cooperativo y las dudas que pudieran plantearse en relación con cierto trato de favor y el respeto al principio de igualdad tributaria, a pesar de lo deseable que sería ampliar el modelo de cumplimiento cooperativo a un mayor número de contribuyentes, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional español quedan despejadas por cuanto la existencia una justificación razonable que ampare el reparto de las cargas tributarias conforme al actual modelo de cumplimiento cooperativo, no puede ser otra que la que viene de la mano de las características y principios que justifican su establecimiento; entre otros: transparencia de los contribuyentes al revelar esquemas de planificación fiscal, confianza mutua, colaboración, seguridad jurídica, disminución de la litigiosidad y aumento de la recaudación tributaria.

Por lo que se refiere al ámbito de la contratación pública, las Directivas europeas en esta materia aprobadas en 2014 tienen, entre otros objetivos, evitar la corrupción ligada a la contratación pública, para lo que se contemplan medidas y actuaciones que implican un mayor control y transparencia.

Según el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, los operadores económicos evitarán incurrir en prohibición de contratar, si acreditan contar con medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas, esto es, si acreditan contar con programas de cumplimiento normativo o compliance.

En todo caso, como un modo de combatir la corrupción ligada a la contratación pública pero también como medida de prevención, sería deseable, aprovechando la existencia del programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia, que se pudieran articular con carácter general canales de denuncia (whistleblowing) así como medidas de protección al denunciante.

En aras de conseguir una mayor seguridad jurídica pero sobre todo garantizar un uso más eficiente de los recursos públicos, consideramos necesario profesionalizar la contratación pública, tal y como se pone de relieve en la Recomendación UE 2017/1805, de la Comisión de 2-10-2017, sobre profesionalización de la contratación pública, pues los compradores públicos necesitan estar en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad; la mejora y el respaldo de la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar a fomentar su impacto en el conjunto de la economía.

Consideramos así mismo que los programas de *compliance* no sólo deberían ser tenidos en cuenta a efectos de una posible exoneración o atenuación de la responsabilidad penal, sino que también deberían ser tenidos en cuenta como requisito para concurrir a una licitación pública o ser adjudicatario de un contrato público.



# El Constitucionalismo Subnacional en los Estados federales (Subnational Constitutionalism in Federations)

José Adércio Leite Sampaio<sup>1</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.05](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.05)

## INTRODUCCIÓN

Las unidades subnacionales de los Estados federales son dotadas de autonomía constitucional. Importa decir que poseen la competencia de elaborar su propia Constitución. Se trata, sin embargo, de un poder limitado por la Constitución federal. Esa limitación varía demasiado de un Estado para otro, a punto de autorizar que la discusión siga allá de la simple diferenciación entre federación centrífuga y centrípeta para llegar hasta mismo a la propia duda sobre la identidad de la federación.

El examen de ese tema es de extrema relevancia, no solo, académica, y se ha dado en el ámbito del “constitucionalismo subnacional”<sup>2 3</sup>. La comprensión de como ese fenómeno diferencial ocurre ayuda en los procesos identitarios de los pueblos, al verse comparados a las alternativas organizacionales por otros adoptadas y las razones que los tornan semejantes y al mismo tiempo diferentes. Además, puede servir como insumos y alternativas para eventuales ajustes en la estructura y funcionamiento de la federación.

El presente estudio se dedica a contribuir con el debate alrededor de ese tema. Primeramente, discute los diferentes grados de autonomía de las unidades subnacionales en las federaciones, siguiéndose de una pesquisa sobre eventuales razones que intentan explicar las diferencias. La tercera parte examina las principales semejanzas y diferencias entre las Constituciones subnacionales en el ámbito del derecho constitucional comparado. Luego, es analizada la situación en el Brasil, de modo a permitir una comprensión de su situación entre los Estados federales. Se adopta el análisis comparativo, con predominancia del método deductivo, sobre el material normativo y jurisprudencial disponible, amparada en una revisión bibliográfica bien abalizada sobre el tema.

---

1 Doctor en Derecho Constitucional. Profesor de la PUC-MG y DHC. Procurador de la República.

2 GARDNER, James A. *In Search of Subnational Constitutionalism*. Buffalo Legal Studies Research Paper n. 2007.

3 MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011.

## 2 AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LAS UNIDADES SUBNACIONALES FEDERALES: EL CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL

El “constitucionalismo subnacional”, entendido como ideología y normas de estructura que resguardan derechos y separaciones de poderes,<sup>4,5</sup> tiende a ser más desarrollado en los Estados federales de los que en otras formas de Estado. La tendencia se asienta en el hecho de que, por definición, un Estado, para ser federal, debe atribuir a las unidades subnacionales, especialmente de segundo nivel, autonomía administrativa, legislativa y constitucional.<sup>6,7</sup> Diferentemente de los Estados unitarios y descentralizados, cabe a la Constitución federal establecer sus contornos y no a la legislación ordinaria hacerlo.<sup>8,9,10,11</sup> He aquí una nota que merece una mirada más atenta.

Los sistemas autoproclamados federales se dividen en, por lo menos, dos grupos: los que previenen la elaboración de una Constitución subnacional y los que la prohíben. Ese último grupo despierta la crítica de naturaleza federativa, pero, además de su autoproclamación, siguen a ser tratados como “especies federativas” por otras características que presentan, a ejemplo, del principio de la participación subnacional en los procesos deliberativos federales. Entre ellos se encuentran Comores, los Emirados Árabes Unidos, Nepal, Paquistán,<sup>12</sup> San Cristóbal y Névis, la India, con excepción de la Casimira (Secs. 3, 168-212) y la Nigeria.<sup>13,14,15</sup> En los sistemas que prevén, hay diferencias significativas. En primero lugar, los que “obligan” y los que “facultan” la elaboración del texto constitucional.

El Estado federal brasileiro es bien característico de los que imponen un deber de auto Constitución. Mientras el Art. 25 de la Constitución federal reconoce la autonomía constitucional de los Estados-miembros, el Art. 11 do ADCT establece el plazo de un año, contado desde 5 de octubre de 1988, para las asambleas legislativas estaduais elaborar la Constitución de sus Estados.<sup>16</sup> Están, en ese grupo, la Alemania (art. 28(1)), la Argentina (arts. 5 e 123), la Australia

- 4 GARDNER, James A. *In Search of Subnational Constitutionalism*. Buffalo Legal Studies Research Paper n. 2007, p. 3.
- 5 MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011, p. 1160/1161, p. 1153.
- 6 ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama, 1991, p. XI
- 7 STEPAN, Alfred. Modern Multinational Democracies: Transcending a Gellnerian Oxymoron. In HALL, John A (ed). *The State of the Nation: Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*. New York: Cambridge University Press, p. 219-242, 1998.
- 8 PRÉLOT, Michel *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: Dalloz, Paris, 1972, p. 235 ss.
- 9 BADÍA, Juan F. El Federalismo. *Revista de estudios políticos*, n. 206, p. 23-76, 1976.
- 10 FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*. 9.ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 433.
- 11 Véase, a respeto, las decisiones de los tribunales constitucionales de Italia (2007) y España (2010). En Italia y en España, no tendría una “autonomía constitucional” de las regiones y comunidades autónomas (DELLEDONNE; MARTINICO, 2009; DELLEDONNE, 2010; ANDREU, 2010; GAMPER, 2014).
- 12 La predominancia de un régimen autoritario en la historia del Paquistán inhibe la creatividad provincial. SHAHID, 2015.
- 13 ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama, 1991, p. 9 a 178.
- 14 SAUNDERS, Cheryl. *The Constitutional Credentials of State*. Melbourne Legal Studies Research Paper No. 621, p. 7.
- 15 La inestabilidad política es también una de las marcas de Nigeria desde su independencia en 1960. La guerra civil que se extendió de 1967 a 1970 fue seguida de una dictadura militar entre 1970 a 1979 y de 1983 a 1998. La Constitución de 1999 prevalece hasta los días actuales con un proceso de redemocratización que parece exitoso. Algunos trazos centralistas aparecen en la Constitución: recursos y policías en las manos del gobierno central y la posibilidad de, concurrentemente con los estados, la unión poder criar municipios: TERRY-ANDREWS, 2016.
- 16 Las conclusiones sirven para el Distrito Federal: “La Ley Orgánica [del Distrito Federal] equivale, en fuerza, autoridad y eficacia jurídicas, a un verdadero estatuto constitucional, esencialmente equiparable a las Constituciones promulgadas por los Estados-miembros”: ADIMC n. 980-DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/02/1994. Así también, los municipios detienen, en su poder de elaboración de las respectivas leyes orgánicas, autonomía constitucional, ahora, limitada no solo por la Constitución federal, sino también por el texto constitucional federal (art. 29, e art. 11, § único, ADCT). (FERRARI, 1994, p. 39; MEIRELLES,

(sec. 106), Austria (art. 99 (1)), los Estados Unidos (art. IV, § 3, cl. 1), la Etiopía (art. 52(2)(b)), el Araque (art. 116), el México (arts. 115(1(2)), 116 (VIII) y (IX), *v.g.*), la Suiza (art. 51(1)), el Sudán (art. 178(1)), el Sudán del Sur (art. 164(1)) y la Venezuela (art. 164(1)). En otros lugares, se enuncia una facultad. Las unidades subnacionales *pueden* elaborar su propia Constitución. Están, entre ellos, la África del Sur (§ 142), la Bosnia-Herzegovina (art. III(2)(a)), el Canadá (secs. 58-90; Const. 1867, y sec. 45, CA 1982), la Malasia (art. 71) y, de cierto modo, la Rusia (art. 66(1)).<sup>17</sup> En segundo lugar, el grado de preordinación de las Constituciones subnacionales varían demasadamente. Hay Constituciones federales que dejan poco espacio para innovación subnacional, mientras otros establecen sólo principios generales de organización.<sup>18</sup>

La premisa de que la autonomía constitucional de las unidades subnacionales no puede ser objeto de intervención del legislador ordinario ni siempre es respetada. En Bélgica y en Rusia, por ejemplo, cabe a la ley federal establecer el poder de las unidades subnacionales.<sup>19,20</sup> En el caso ruso, la omisión del legislador autoriza al presidente a editar decreto para establecer los principios generales de organización de los órganos dirigentes de las entidades federativas.<sup>21</sup> Además, los “sujetos de la Federación” pueden negociar con el gobierno central su estatus y grado de autonomía (art. 66(5)).

En muchas Constituciones federales, los nuevos Estados tienen de someterse al control del Legislativo nacional.<sup>22</sup> La propia historiografía federativa revela que esa intervención no es novedad. El Congreso estadounidense estableció condiciones a las Constituciones de los Estados del Sur para que fueran readmitidos en la federación tras la Guerra Civil. Es cierto que ese control tuvo poca durabilidad y eficacia. La mayoría de los Estados del Sur sustituyó sus Constituciones de la Reconstrucción, sin que hubiera reacción del Congreso.<sup>23</sup> Así también se dio en Suiza. En el final del siglo XIX, el Parlamento nacional rechazó varias Constituciones cantonales, por no aseguraren derechos políticos iguales.<sup>24</sup>

El control puede quedar a cargo del Ejecutivo. La Constitución rusa, por ejemplo, autoriza al Presidente de la República y al Ministerio de la Justicia a suspender las leyes regionales que violaren la Constitución de la Federación (art. 85(2)). Esa competencia ha sido ejercida para suspender disposiciones constitucionales.<sup>25</sup> En la mayoría de los sistemas federales, sin embargo, cabe al Judiciario ejercer ese control. Vía de regla, de forma sucesiva. En el caso de África del

2001, p. 84). Véase, por ejemplo, RE 590829/MG, j. 5/mar./2015. Contra la naturaleza de “poder constituyente municipal”, por ser un poder terciario y aún más restricto que el estadual: ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 333.

17 Puede parecer un disparate que la Constitución federal obligue la adopción de una Constitución subnacional. En el caso brasileño, el Art. 11 do ADCT no deja dudas. En los demás, el trabajo se atuvo a la dicción constitucional. Los textos consultados usaban el verbo “deben”, cuando en español, o “shall”, en inglés. Nótese, sin embargo, que otros autores hablan solo en “permiso”: MARSHFIELD, 2011, p. 1161.

18 MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011, p. 1160/1161.

19 GAZIER, Anne. Justice Constitutionnelle et Fédéralisme en Russie. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, v. 5, p. 1359-1391, 1999.

20 POPELIER, Patrícia. The Need for Sub-National Constitutions in Federal Theory and Practice. *The Belgian Case. Perspectives on Federalism*, v. 4, n. 2, p. 36-58, 2012.

21 GAZIER, Anne. Justice Constitutionnelle et Fédéralisme en Russie. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, v. 5, p. 1359-1391, 1999, p. 1378.

22 Véase, en el Brasil, el artículo 18, § 3º, de la Constitución que requiere ley complementaria federal para institución de nuevos estados o sus reordenamientos.

23 FERENBACHER, Don E. *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*. Athens: University of Georgia Press, 1989.

24 BIAGGINI, Giovanni. Federalism, Subnational Constitutional Arrangements, and the Protection of Minorities in Switzerland. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, ROBERT F.; MARO, Joseph (eds). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, p. 213-230, 2004, p. 220.

25 TARR, G. Alan. Taking Subnational Constitutions Seriously: Explaining Change and Development in the Evolution of Federal and Quasi-Federal States, 2008, p. 178.

Sul, de modo preventivo. Todas las Constituciones provinciales y sus emendas necesitan de una manifestación favorable del Tribunal Constitucional (sec. 144).

### 3. LAS RAZONES DE LAS DIFERENCIAS ENCONTRADAS EN EL CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL DE LAS FEDERACIONES

¿Lo que lleva los Estados a ser tan diferentes entre sí? La respuesta no es simple. Tal vez la más obvia sea las diferencias de culturas y tradiciones jurídicas y políticas<sup>26</sup>. Esa es la razón también para explicar por qué, muchas veces, dentro de un mismo Estado federal, puede haber diferentes formas de ejercicio de las competencias constituyentes<sup>27</sup>. El proceso de formación del Estado federal y el nivel de estabilidad democrática son sensibles al pleno desenvolvimiento de una cultura federativa o del autorreconocimiento de la población de las unidades como un “pueblo”<sup>28</sup>. Estados formados por devolución (o “desagregación”) tienden a dar menos espacio a la creatividad subnacional. El inverso sucede con aquellos que se forman por agregación<sup>29</sup>. La inestabilidad política y regímenes de excepción conspiran en contra el constitucionalismo subnacional, habiendo, mismo en los países salidos de esos regímenes escasez de una cultura descentralizadora<sup>30 31</sup>.

Aún hay, otros factores que tienden a, mayor o menor grado, interferir en ese proceso: la existencia de grupos étnicos, lingüísticos y religiosos es uno de ellos; la extensión territorial es otro y mismo el tiempo y el contexto en que fueron elaboradas las Constituciones federales<sup>32</sup>. Esos elementos son dinámicos y pueden llevar no solo a modificaciones en el texto federal, sea por medio de emendas, sea por interpretación, notoriamente, judicial, sino a diferentes formas de ejercicio de la autonomía constitucional por las unidades subnacionales.

Esas diferencias de ejercicio - y de contenido de las Constituciones subnacionales - que, como se verá, es también variable en el tiempo y espacio, tiene, en parte, las mismas razones presentadas a los distintos tratamientos dispensados por la Constitución federal al poder constituyente subnacional. La cultura, la historia y la política se suman al contexto de formación de los sistemas federales, a las relecturas de las relaciones intra federativas y a los valores y necesidades de cada tiempo. El aumento de la carga tributaria y de los gastos públicos, en el final del siglo XX, por ejemplo, hicieron con que muchos Estados norteamericanos crearon restricciones a las leyes tributarias y presupuestal. El tema no es tratado por la Constitución federal y tampoco lo era por las Constituciones de aquellos Estados<sup>33</sup>. Los nuevos *Länder* que ingresaron en Alemania, oriundos de la antigua Alemania Oriental, incorporaron en su texto un rol de derechos sociales, económicos y culturales, como reflejo no solo de los valores traídos,

26 TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011, p. 188.

27 ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama, 1991, p. 18 ss.

28 SAUNDERS, Cheryl. *The Constitutional Credentials of State*. Melbourne Legal Studies Research Paper No. 621, p. 13.

29 TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011, p. 1135 e ss.

30 OKOTH-OGENDO, H.W.O. Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. In GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; WHEATLEY, Steven C.; OLIVIERO, Melanie B. (eds.). *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*. New York: Oxford University Press, p. 65-83, 1993.

31 SHAHID, Zubair. Federalism in Pakistan: Of Promises and Perils. *Perspectives on Federalism*, v. 7, n. 1, p. 117-145, 2015.

32 TARR, G. Alan. Taking Subnational Constitutions Seriously: Explaining Change and Development in the Evolution of Federal and Quasi-Federal States, 2008, p. 1137 e ss.

33 TARR, G. Alan. Taking Subnational Constitutions Seriously: Explaining Change and Development in the Evolution of Federal and Quasi-Federal States, 2008, p. 178.

sino de la propia interpretación judicial que pasó a identificar en la Ley Fundamental de Bonn la presencia implícita de tales derechos<sup>34</sup>.

La diferencia también se explica por la hegemonía o dispersión partidaria. En Estados donde hay un partido político hegemónico o regímenes políticos fuertes, hay una tendencia de mantenerse una uniformidad entre las Constituciones subnacionales y una relativa contención de su contenido. Si, por otro lado, hubiera una seria competición partidaria, con diferentes dominios en las esferas subnacionales y nacional, la variación de los textos es más frecuente<sup>35</sup>.

No se puede olvidar de los efectos de emulación entre las unidades subnacionales y de ellas con el texto federal. Un estudio de James Hurst mostró como se dio esa relación entre los Estados norteamericanos a lo largo del siglo XIX. Hay tanto un movimiento de copia, como de alejamiento<sup>36</sup> <sup>37</sup>. Ese fenómeno fue sentido más recientemente. Las decisiones de supremas cortes de algunos Estados como California, Connecticut, Iowa y Massachusetts<sup>38</sup>, en el sentido de las Constituciones subnacionales permitieron la unión entre personas del mismo sexo llevó una corrida de otros Estados a hacer emendas a sus respectivos textos constitucionales con el objetivo de desterrarla<sup>39</sup>. Por otro lado, esas decisiones de las cortes estatales llevarán a la Suprema Corte a modificar su entendimiento, afirmando en 2003 la constitucionalidad de tales<sup>40</sup> <sup>41</sup>. Algo mucho semejante ocurrió en México<sup>42</sup>.

#### 4. ¿LAS CONSTITUCIONES SUBNACIONALES SON ESPEJOS DE LAS CONSTITUCIONES FEDERALES?

En muchos Estados federales, la Constitución federal es utilizada como espejo a las Constituciones subnacionales. Esa duplicación se puede dar por exigencia constitucional o por deliberación autónoma del constituyente subnacional, con adopción de las “normas de imitación”.<sup>43,44</sup> El fenómeno no significa necesariamente que el poder constituyente decurrente

34 GUNLICKS, Arthur B. Land Constitutions in Germany. *Publius: The Journal of Federalism*, v. XXVIII, n. 4, p. 105-125, 1998, p. 981.

35 TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011, p. 1140.

36 HURST, James W. *The Growth of American Law: The Law Makers. The Growth of American Law: The Law Makers*. Boston: Little, Brown and Company, 1950, p. 224.

37 También hay quien apunte influencias del modelo suizo de participación popular en los constituyentes estatales: SCHUMAN, 1994, p. 950

38 *Jegley v. Picado*, 80 S.W. 3d 332 (Ark. 200 2); *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (Ga. 1998); *Gryczan v. State*, 283 942 P.2d 112 (Mont. 1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S.W.2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 84 2 S.W.2d 487 (Ky. 199 2). TARR, 2011, p. 1157, n. 52.

39 Fueron ellos, Alabama (Emend. 774), Alaska (art. I, sec. 25); Arizona (art. XXX); Arkansas (Emend. 83); Colorado (art. II(31), Dakota del Norte (art. XI(28)); Florida (art. I(27)); Geórgia (art. I (4)), Havai (art. I(23)); Idaho (art. III(28)); Kansas (art. XV(16)); Kentucky (sec. 233A); Louisiana (art. XII(15)); Michigan (art. I (25)); Mississippi (art. XIV(263A)); Missouri (art. I(33)) y Montana (art. XIII(7); Nebraska (art. I(29)). TARR, 2011, p. 1157, n.53.

40 En *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

41 GARDNER, James A. *In Search of Subnational Constitutionalism*. Buffalo Legal Studies Research Paper n. 2007, p. 29.

42 Entre 2008 y 2009, diecisiete Estados (Baja California, Campeche, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Veracruz e Yucatán) aprobaron emendas constitucionales que reconocían derechos a los nasciturus desde la concepción (ONU, 2010, p. 6, n. 9). Fue la forma que encontraron para impedir que hubiera aprobación de leyes autorizando el aborto, en vista de la Suprema Corte no tener declarado inconstitucional una ley de la Ciudad de México que permitía la interrupción del embarazo en las primeras doce semanas (DINAN, 2009, p. 4)

43 HORTA, Raul Machalido. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A., 1964, p. 162 ss.

44 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.596.

es un arremedo y una inutilidad. Puede muy bien tener examinado las alternativas presentadas incluso por otras unidades federadas y tener preferido la copia del modelo federal.<sup>45,46</sup>

Algunos estudios comparativos identificaron materias que tienden más a encontrar la misma previsión en el texto nacional y en los subnacionales. En general, el sistema de gobierno se repite<sup>47,48</sup>. El sistema presidencial de la Argentina, del Brasil, de los Estados Unidos, de México y de la Venezuela está presente en las unidades subnacionales. El parlamentarismo federal en Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Canadá, India y Malasia es también reproducido sub nacionalmente. Lo mismo se diga del sistema directoral suizo y de los sistemas mistos de Rusia y del Pakistán<sup>49</sup>. En Suiza, ocurre una pequeña, pero importante variación: el Ejecutivo cantonal es electo directamente por el pueblo en sufragio universal con la posibilidad del Legislativo, en doce Cantones, designar sólo el presidente, diferentemente del Ejecutivo federal que es escogido integralmente por el Parlamento.<sup>50</sup> Todavía, hay posibilidades de adopción de diferentes formas de gobierno. En Sudáfrica, la Sección 143(1)(b) de la Constitución republicana prevé literalmente, como se vio, la posibilidad de las provincias ser gobernadas por un “monarca tradicional”, así como, en Malasia, una monarquía electiva, nueve de los once estados conservan sus “gobernantes constitucionales” con derecho sucesorio hereditario (art. 70).<sup>51</sup>

La previsión de un Ejecutivo, de un Legislativo y de un Judiciario<sup>52</sup> propios es generalizada, mientras la separación de los poderes pueda no seguir el modelo federal, mostrándose más flexible o atribuyendo papel más preeminente al Legislativo, como en los Estados Unidos.<sup>53</sup> Puede ocurrir todavía, de la Constitución federal crear una Administración Pública y un Judiciario únicos o, por lo menos, integrados, dejándose margen alguna o ninguna a las unidades subnacionales. La Constitución de Sudáfrica, por ejemplo, prevé la creación de una única “Comisión de Servicio Público” para toda la República para asesorar el gobierno nacional y provincial

45 TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011, p. 1140.

46 Nótese que la tendencia de repetir el texto nacional también ocurre en los Estados regionales y autónomos: GARDNER, 2007, p. 15. Véase, en el caso español, que todos los Estatutos tienen una estructura semejante, aunque varíen la denominación y la composición de las instituciones: AJA FERNÁNDEZ, 2006.

47 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009.

48 En Sudáfrica, la Constitución prevé expresamente la posibilidad de las unidades subnacionales adoptaren un sistema de gobierno diferente del adoptado en nivel federal (Sec. 143(1)(a)).

49 WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999, p. 17.

50 FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*. 9.ed. Paris: Dalloz, 2006, p.403.

51 El rey de Malasia (Yang di-Pertuan Agong) es electo para un mandato de cinco años por los nueve gobernantes hereditarios, debiendo la escoja recaer en uno de ellos. Los otros cuatro Estados, que poseen gobernadores, no participan del proceso. (art. 38(2)). Esa mezcla de república federal con monarquía nacional puede ocurrir en Australia. Hay un movimiento nacional para dar fin al modelo de Westminster, en que la Reina británica es la jefe de Estado. Se vislumbra la posibilidad de, por lo menos, algunos Estados mantener el sistema actual en que también la Reina nombra el gobernador estadual indicado por el primero ministro estadual (WATTS, 1999, p. 17)

52 El régimen de competencias del Judiciario es variable. En Australia, en los Estados Unidos y en Suiza, las cortes aplican la legislación de la unidad federativa que integran (leyes federales son aplicadas por jueces federales y leyes subnacionales por jueces subnacionales). Hay, en general, un tribunal de cúspide para dar uniformidad a la ley de cada unidad, sometido a la competencia de la Suprema Corte o Supremo Tribunal. La administración de la justicia es también dual. El Canadá sigue de cerca ese modelo. Si el derecho penal y procesal penal es competencia federal, la creación de tribunales criminales es compartida. Así también, es gobierno federal quien nombra los miembros de los tribunales superiores de las provincias y territorios, cabiendo a las provincias y, a veces, a la municipalidad nombrar los jueces de instancias inferiores (sec. 96, do Constitucional Act 1867). Cabe a las provincias la administración de la respectiva justicia

53 El nombramiento de algunos servidores o comisiones del Ejecutivo, por el Legislativo, es encontrada en diversos Estados. WILLIAMS, 2009, p. 235 ss

(Sec. 196). El carácter integrado del servicio público del país no impide que los gobiernos provinciales cuiden del reclutamiento, nombramiento, promoción, transferencia y demisión de miembros del servicio público en sus respectivas administraciones dentro de un cuadro de servicio público uniforme (Sec. 197 (4)). En India, en Malasia y en el Paquistán hay también previsiones constitucionales de servicios públicos comunes y de comisiones compartidas entre gobiernos federal y provincial<sup>54</sup>.

En Sudáfrica,<sup>55</sup> en Austria<sup>56</sup> y en Malasia,<sup>57</sup> el Judiciario es unitario y administrativamente centralizado<sup>58</sup>. En India y en el Paquistán, hay un sistema integrado de tribunales y jueces federales y subnacionales. La Suprema Corte y los Tribunales Superiores, esos situados en los estados, tienen sus miembros escogidos por el jefe del Ejecutivo federal. Las Cortes distritales que se vinculan a los respectivos Tribunales Superiores, bien como los tribunales y jueces inferiores son estatales<sup>59</sup>. Por el contrario de la Malasia y de Sudáfrica, sin embargo, compite a cada nivel de gobierno la organización de sus servicios.<sup>60,61,62</sup>

---

54 WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999, p. 18.

55 Hay una justicia especializada (militar, de la concurrencia, del trabajo e electoral) y cortes ordinarias (Cortes de Magistrados Distritales y Regionales, de Pequeñas Causas y de Líderes - Chiefs' and Headmen's Courts -), la Corte Superior (dividida en siete secciones provinciales, estando en curso la creación de dos secciones más), la Suprema Corte y la Corte Constitucional. El Parlamento puede crear otros órganos jurisdiccionales (arts. 166-170).

56 Los tribunales administrativos independientes, sin embargo, tienen sus miembros indicados por el gobernador. Cabe a los Länder legislar sobre los servicios administrativos, mientras la ley federal define el proceso (art. 129B(6)). BANDION-ORTNER, 2009.

57 Es integrado por una Corte Federal, que recibe recursos civiles y penales (sólo en segundo grado) de la Corte de Apelación que, por su turno, juzga recursos en contra decisiones de las dos Cortes Superiores, de Malasia y de Sabah y Sarawak. Esas, por su turno, conoce de los apeles en contra las Cortes de Magistrados y Tribunales de Secciones. Hay, sin embargo, un sistema judicial paralelo, los tribunales de Syariah, con jurisdicción sobre las cuestiones relacionadas a la ley islámica (Sharia). La organización judicial está prevista en la "Subordinate Courts Act 1948" y "Courts of Judicature Act 1964". FADZEL, 2005. Nos Emiratos Árabes, hay una intrincada repartición de competencias entre cortes federales, cortes de la common law, cortes locales y Corte de la Sharía. La competencia de las cortes locales es básicamente de primera instancia. En Dubái y Ras Al Khaimah, hay una organización más compleja. En Dubái, hay corte de primera instancia, corte de apelación y de casación. Entre sus competencias está disputas agrarias y domésticas y la ejecución de algunos juzgados extranjeros y arbitraje. Las cortes federales tienen competencias más amplias. La corte de Sharia conoce, en nivel federal, excluidas Dubái y Ras Al Khaimah, de recursos contra condenaciones por ciertos crimines como robo, estupro y embriaguez al volante. (EAU, 2017).

58 El Sistema judicial único, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, sería típico de los estados unitarios y autonómicos: ESPAÑA, 2010. Consúltese Los análisis de DELLEDONNE, 2011.

59 En el Paquistán, hay un tribunal federal de la Sharia (Federal Shariat Court of Pakistan), creado en 1980. Cabe a él verificar si las leyes están en acuerdo con los valores islámicos comunicando al gobierno eventual desconformidad. Cábele aún analizar recursos sobre aplicación de penalidades decurrentes del incumplimiento de la ley islámica. Excepto por la hipótesis de esas decisiones ser reformadas por el "Shirm Appellate Bench" de la Suprema Corte, sus juzgados son vinculantes. Él es compuesto por 8 jueces musulmanes, nombrados por el presidente del Paquistán, bajo recomendación de un comité judicial de los presidentes de la Suprema Corte y del Tribunal Federal de la Sharia. Tres, dentre ellos, deben ser "Ulema" (teólogo o sabio islámico). Es el propio Tribunal quien nombra su propio personal y establece sus procedimientos (KENNEDY, 1990).

60 WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999, p. 18.

61 MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011, p. 1160.

62 Es discutible si la existencia de tribunales estatales, incluyendo tribunales constitucionales estatales, revela un constitucionalismo subnacional más desarrollado. No pueden ser desconsideradas las relaciones de proximidad entre el Legislativo y el Judiciario estatales: GAMPER, 2014, p. 27.

Fuera de esos modelos de integración y unidad, el régimen de competencias del Judiciario costumbra ser dualista y descentralizado, habiendo mayor o menor espacio de organización judicial a las unidades subnacionales. En Australia, en los Estados Unidos y en Suiza, por ejemplo, las cortes aplican la legislación de la unidad federativa que integran (leyes federales son aplicadas por jueces federales y leyes subnacionales, por jueces subnacionales). Hay, en general, un tribunal de cúspide para dar uniformidad a la ley de cada unidad, sometido a la competencia de la Suprema Corte o Supremo Tribunal. La administración de la justicia es también dual.<sup>63</sup>

El Canadá sigue de cerca ese modelo. Si el derecho penal y procesal penal son de la competencia federal, la creación de tribunales criminales es compartida. Así también, es gobierno federal quien nombra los miembros de los tribunales superiores de las provincias y territorios, cabiendo a las provincias y, a veces, a las municipalidades nombrar los jueces de instancias inferiores (sec. 96, del *Constitutional Act 1867*). Cabe a las provincias la administración de la respectiva justicia.<sup>64</sup> La dualidad de competencia puede ser aún más atenuada, mientras la administración de la respectiva justicia esté afecta a cada unidad de la federación. La competencia judicial federal es definida para las cuestiones federativas que envuelvan el gobierno central o casos especificados en la Constitución, pudiendo la justicia subnacional aplicar leyes federales de ámbito nacional, como el código civil y criminal, a ejemplo de la Argentina (arts. 5, 75(12) y 116) y Brasil (arts. 22, I; 109). Las preordinaciones son mayores en el Brasil que en Argentina con relación al estatuto de la magistratura y organización judicial.<sup>65</sup>

Son más frecuentes las distinciones entre las disposiciones del texto federal y de las Constituciones subnacionales en los procesos de emenda constitucional, en la estructura del Legislativo y en los mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la vida política. En el caso del Legislativo, normalmente, las Constituciones subnacionales no siguen el bicameralismo federal, adoptando Legislativo de cámara única.<sup>66</sup> En los Estados Unidos, esa tendencia no se confirma. Sólo el Legislativo de Nebraska es unicameral.<sup>67</sup>

En el caso de los procesos de reforma de la Constitución subnacional, hay variaciones entre los sistemas. Hay aquellos, como en Sudáfrica y en Austria, cuyo quórum es establecido en la Constitución federal.<sup>68</sup> En la mayor parte de ellos, sin embargo, no existe esa preordinación expresa. En esos casos, las Constituciones subnacionales tienden a ser menos rigurosas para su reforma y estimulan más la participación directa de los ciudadanos en los procesos

63 En Alemania, la justicia ordinaria (civil y criminal) y la especializada (administrativa, laboral, social y financiera) son estatales, sometiéndose a una corte federal de apelación (común: *Bundesgerichtshof*; administrativa: *Bundesverwaltungsgericht*; laboral: *Bundessozialgericht*; social: *Bundessozialgericht*; financiera: *Bundesfinanzhof*). Hay también la Corte Constitucional federal y las cortes constitucionales en cada Land. Además, hay la Corte Federal de Patente y varias Cortes Regionales sobre el mismo tema, teniendo como corte de apelación el *Bundesgerichtshof*. Cada nivel federal administra su justicia. CURRIE, 1994, p. 74 ss.

64 RUSSELL, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson Limited, 1987.

65 En México, se mantiene el paralelismo entre competencia legislativa y judicial, aunque pueda una ley federal definir competencias en ciertos temas como tipos penales de secuestro, desaparecimiento forzado y tortura (XXI, a). El Art. 103 define la competencia federal, mientras el Art. 116, III, establece los principios de organización del Judiciario estadual.

66 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009.

67 FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*. 9.ed. Paris: Dalloz, 2006, p.402.

68 Mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento subnacional es prevista tanto en Sudáfrica (§ 142.), como en Austria (art. 99 (2)).

democráticos,<sup>69</sup> sin necesidad de que haya algún acto de ratificación por el gobierno federal, como sucede en los Estados unitarios y descentralizados autonómicos.<sup>70</sup> Tampoco exigen la ratificación municipal, con la excepción de algunos Estados mexicanos<sup>71</sup> y en algunas regiones rusas.<sup>72</sup> En Sudáfrica, las comunidades locales son oídas en el proceso de emenda a la Constitución de Cabo Oriental<sup>73</sup>.

La mayoría simple es el quórum exigido para modificación de las leyes constitucionales de las Provincias canadienses. El mismo quórum que se encuentra en diecisiete estados norteamericanos y en las Constituciones estatales australianas, exceptuados los casos en que se reserva un quórum mayor en virtud de la materia.

La necesidad de referendo popular, en ámbito federal, está presente en Australia, en Suiza y en Venezuela (arts. 341-344). En Austria, sólo en la hipótesis de revisión Constitucional total o si haya pedido de un tercio de cada Casa Legislativa federal (art. 44). En Sudán, si hubiera atentado a los “principios constitucionales fundamentales” (art. 139 (3)). En Rusia, es una alternativa a la aprobación de dos tercios de los diputados de la Asamblea Constitucional (art. 135 (3)). La iniciativa popular para emendar la Constitución está presente en Suiza (arts. 120, 121).

Si la participación popular en sede federal es excepción, en el ámbito subnacional es la regla. La iniciativa popular está presente en diversas entidades federativas rusas<sup>74</sup> y en dieciocho Estados norteamericanos<sup>75</sup>. En diversas provincias en Argentina y en cuarenta y tres estados norteamericanos una deliberación de la asamblea para convocación de una convención de reforma constitucional requiere el referendo popular. La aprobación de la reforma igualmente depende de la aprobación popular en cuarenta y nueve de los Estados norteamericanos (sólo Delaware no lo hace) y en diversas unidades subnacionales de Alemania, de Argentina, de Australia (con relación a ciertos asuntos). Así también en los *Länder* Salzburgo y Vorarlberg en Austria, y en el Estado de Barh el Jebel en el Sudán<sup>76</sup>. En Rusia, así como ocurre para la Constitución federal, las reformas pueden ser aprobadas por referendo a la vez del voto de la Asamblea Constitu-

---

69 En Sudáfrica, Alemania, Austria, Malasia, México y Rusia, a la semejanza de la Constitución federal, se exige el quórum de dos tercios de los votos de los parlamentos subnacionales para aprobación de una emenda constitucional. Es el mismo quórum requerido por dieciocho Estados norteamericanos y por algunos Estados australianos, en ese caso, sólo sobre ciertos temas. Las Constituciones subnacionales del Estado Etiopía requieren una mayoría de tres cuartos de votos de los parlamentos estatales. Varias Constituciones provinciales argentinas son super-rígidas, por exigieren cuatro quintos o tres cuartos de los votos parlamentares. DINAN, 2009, p. 9.

70 Según levantamiento de Versteeg y Zackin, sólo una Constitución estatal norteamericana no exige que la aprobación de una nueva Constitución se someta a referendo popular. Cuarenta y una requieren la participación popular para realización de una convención constitucional. Diecisiete establecen iniciativas populares directas. (VERSTEEG; ZACKIN, 2014, p. 729).

71 GONZÁLEZ, Juan Marcos G. United Mexican States. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 208-238, 2005, p.215.

72 SALIKOV, Marat. Russia Federation. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 276-310, 2005, p.168.

73 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009, p.21/22.

74 SALIKOV, Marat. Russia Federation. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 276-310, 2005, p.37.

75 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009, p.15.

76 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009, p. 14/15.

cional<sup>77</sup>. La participación popular puede ir más allá. En trece Länder alemanes y en dieciséis Estados norteamericanos el pueblo puede dar inicio y ratificar una emenda, independiente de la legislatura. En dos estados, puede darse la intervención legislativa. En Massachusetts, la aprobación de una propuesta popular por un cuarto de los votos parlamentares dispensa la ratificación. En Mississippi, los parlamentares pueden presentar una alternativa a la propuesta para que el pueblo decida. Es, más aún, el modelo adoptado por los cantones suizos<sup>78</sup>.

Es común encontrarse una pluralidad de formas, sin necesariamente reproducir el modelo federal. Se encuentran, así, previsiones de convenciones y asambleas constituyentes (en Argentina, de los Estados Unidos, del México y de Suiza) y de referendo popular (en Alemania, Australia, Estados Unidos, México, Rusia y Suiza). Tampoco es raro existir diferentes formas de emendas constitucionales entre las diversas unidades subnacionales de un mismo Estado federal. En los Estados Unidos, esa es una tendencia. En Florida, por ejemplo, existen cinco alternativas de ser emendada a Constitución.<sup>79</sup> En la mayoría de las provincias del Canadá, la alteración de la Constitución subnacional no obedece a un procedimiento diferente de las leyes ordinarias (Sec. 45, CA 1982).

En algunos sistemas federales, sin embargo, se sigue el figurín de los Estados unitarios: las alteraciones en la Constitución subnacional dependen de la concordancia del Legislativo federal como forma de garantía de respeto a la Constitución federal. La India, la Malasia, el Paquistán y el Sudán adoptan esa precaución de un modo general<sup>80 81</sup>, mientras en Sudáfrica (Sec. 142) y el Canadá (Sec. 45, CA 1982) sólo lo hagan para ciertas materias.

La fiscalización de la constitucionalidad de las Constituciones subnacionales es realizada, con más frecuencia, la *posteriori*, por una corte suprema o tribunal constitucional.<sup>82</sup> Hay casos, sin embargo, que se prevé un control preventivo de constitucionalidad. En Sudáfrica, por ejemplo. Para garantizar que las Constituciones provinciales no contengan contenido *ultra vires*, ellas deben ser certificadas por el Tribunal Constitucional nacional antes de ser promulgadas (§ 143(2)(b)). La certificación envuelve un análisis en dos etapas. Primero, el Tribunal evalúa todas las disposiciones para garantizar que el documento esté dentro de una de las competencias provinciales enumeradas por la Constitución federal. En segundo lugar, el Tribunal debe certificar que ninguna disposición es incompatible con cualquier disposición constitucional federal. (§

77 SALIKOV, Marat. Russia Federation. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 276-310, 2005, p. 14/15.

78 BIAGGINI, Giovanni. Federalism, Subnational Constitutional Arrangements, and the Protection of Minorities in Switzerland. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, ROBERT F.; MARO, Joseph (eds). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, p. 213-230, 2004, p. 220/221.

79 TARR, G. Alan. Taking Subnational Constitutions Seriously: Explaining Change and Development in the Evolution of Federal and Quasi-Federal States, 2008, p. 190.

80 WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999, p. 16.

81 DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009, p. 27.

82 El control de constitucionalidad de leyes subnacional en frente de la propia Constitución subnacional es admitida en las federaciones. No obstante, en los estados autonómicos o regionales. Por lo menos, ese fue el entendimiento del Tribunal Constitucional español (ESPAÑA, 2010). A existencia de regla judicial interpretativa nos textos subnacionales, notablemente en el sentido de restringir la interpretación es objeto de polémica. El Art. VII(1)(C) de la Constitución de Oklahoma dispone que "The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law ...". A "US District Court for the Western District of Oklahoma" no vislumbró en la hipótesis vulneración de derechos o de la Constitución federal en *Awad v Ziriya* (Awad III), CIV-10-1186-M (W.D. Okla. 2013): GAMPER, 2014, p. 36-37.

143(i)). Y casos en que no se realiza siquiera el control sucesivo de las normas constitucionales subnacionales, como en los Estados Unidos<sup>83</sup> <sup>84</sup>.

Como se puede notar, el “constitucionalismo subnacional” es muy rico y tiene fuerte apelo, por lo menos en tesis, al profundizado de la democracia, sea por estar más próximo a las comunidades, sea por tener producido, en muchos lugares, una ampliación de los mecanismos de participación popular y social. Además de ser expresión de la autonomía subnacional en el ámbito de los Estados federales. Paradoxalmente, despierta poca atención de los estudiosos, mismo donde se localiza una eferescencia “sub constituyente” como en los Estados Unidos y Alemania<sup>85</sup>. Hay una lectura generalizada de que se trata un poder menor o hasta irrelevante comparativamente a la Constitución federal<sup>86</sup> <sup>87</sup>, tributaria, en grande parte, de una subutilización de sus capacidades por parte de los Estados<sup>88</sup>. Se pueden ser pequeños sus efectos jurídicos en sistemas federales, cuya Constitución nacional prácticamente agota su contenido, deben, por lo menos, ser valorizadas por su dimensión política de donde afloran y para donde regresan con la ampliación de los procesos auto identitarios y de participación ciudadana.<sup>89,90</sup>

## 5. EL CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL EN EL BRASIL

El constitucionalismo subnacional en el Brasil es incipiente. La prueba es dada por la escasa literatura sobre el asunto.<sup>91</sup> Algunos estudios se tienen dedicado a lo<sup>92</sup>s municipios, pero casi ninguno a la estructura constitucional de los estados.<sup>93,94,95</sup> En el ámbito del federalismo

---

83 CHEMERISNKY, Erwin. Why Cases Under the Guarantee Clause Should be Justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994, p. 880.

84 MARSHFIELD, Jonathan L. Authorizing Subnational Constitutions in Transitional Federal States: South Africa, Democracy, and the KwaZuluNatal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, p. 585-648, 2008, p. 1162.

85 LORENZ, Astrid; REUTTER, Werner. Subconstitutionalism in a multilayered system. A comparative analysis of constitutional politics in the German Länder. *Perspectives on Federalism*, v. 4, n. 2, p. 148-170, 2012.

86 GUNLICKS, Arthur B. Land Constitutions in Germany. *Publius: The Journal of Federalism*, v. XXVIII, n. 4, p. 105-125, 1998.

87 MÖSTL, Markus. Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt? Eine Positionsbestimmung im bundesstaatlichen und supranationalen Verfassungsverbund. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. CXXX, n. 3, p. 350-391, 2005.

88 WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan. Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, Robert F.; MARKO, Josef (eds.). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, p. 3-24, 2004, p. 15.

89 TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011, p. 1134.

90 LORENZ, Astrid; REUTTER, Werner. Subconstitutionalism in a multilayered system. A comparative analysis of constitutional politics in the German Länder. *Perspectives on Federalism*, v. 4, n. 2, p. 148-170, 2012, p. 151.

91 Véanse los pocos ejemplares en TRIGUEIRO, 1980. Las discusiones se hacen más alrededor de cuestiones competenciales específicas, en general, situadas en el ámbito de las competencias comunes y concurrentes. Así, en los conflictos surgidos entre ellas y la competencia de la Unión y de los Municipios (SAMPAIO, 2002; ARAÚJO, 2009; SALDANHA, 2009), en relación a la materia seguridad social (SAMPAIO, 2013); ambiental (MESQUITA, 2010), urbanística (TOLENTINO, 2015), protección del anciano (ARAÚJO, 2017), o a la vinculación por el derecho internacional (BARROSO, 2014).

92 MEIRELLES, Hely Lopes. *Derecho Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

93 GUIMARÃES, Manoel Luís S. Nação e Civilização nos Trópicos: O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e o Projeto de uma História Nacional. *Estudos Históricos*, n. 1, p. /5-27, 1988.

94 MAGALHÃES, Luiz Quadros de. Poder Municipal: Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

95 FERRARI, Regina Maria M. N. *Derecho Municipal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

fiscal es que se encuentra una reflexión más significativa.<sup>96,97,98</sup> A la excepción del “momento constituyente” estadual, entre 1988 y 1990, poco se cuidó del papel del constituyente estadual para innovar y promover discusiones sobre temas de transcendencia política y social.<sup>99,100,101</sup> El resultado del propio trabajo constituyente tampoco fue muy productivo.

La estructura de las Constituciones estaduais sigue, de un modo general, el mismo esquema organizacional de la Constitución federal con preámbulo, principios fundamentales, organización y competencias del estado y del municipio, poderes, finanzas públicas y presupuesto, orden económica y social (aunque no reciban tales títulos), disposiciones generales y transitorias. Se costumbra detallar más las atribuciones estaduais de carácter exclusivo, por obvio, pero también aquellas comunes y concurrentes. Temas como seguridad pública y política carcelaria, generalmente, son tratados en capítulo propio, así como política agrícola, industrial, comercial, de servicios o de turismo, de ciencia y tecnología, y de comunicación social. Los énfasis pueden variar, pero, en regla, ese es el catálogo de asuntos presentes en los textos.

Del punto de vista orgánico, algunas novedades han sido declaradas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal, ora por violación de separación de los poderes<sup>102</sup>; ora, por violación al problemático principio de la simetría que debe haber entre Constitución estadual y federal; y, normalmente, por la combinación de ambos.<sup>103</sup> Ni siempre las intervenciones del STF se hizo de modo indebido, pues, en muchos casos, evitó excesos corporativos en los textos constitucionales,<sup>104</sup> atentados al principio republicano, como, por ejemplo, la extensión de la polémica irresponsabilidad relativa del presidente de la República a los gobernadores es uno de ellos.<sup>105</sup> En otros, tal vez, tenga evitado un diálogo inter-federativo y la experiencia del laboratorio estadual de que hablaba Brennan<sup>106</sup>. La creación de consejo de la magistratura ha sido uno de ellos. El trabajo de esos consejos en el ámbito estadual podría haber dado importantes insumos para el Consejo Nacional de Justicia, instituido, en el plan federal, por la Emenda Constitucional n 45/2004. Se Puede argumentar que había razones jurídicas (y tal vez políticas) para cohibir

- 96 REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 15, n. 3, p. 5-17, 1995.
- 97 ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.
- 98 FERREIRA, Ivan F.S.; BUGARIN, Mauricio S. Transferências voluntárias e ciclo político-orçamentário no federalismo fiscal brasileiro. *Revista Brasileira de Economia*, v. 61, n. 3, p. 271-300, 2007.
- 99 DALLARI, Adilson Abreu. Poder constituinte estadual. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 201-206, 1989.
- 100 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A Constituição do Estado federal e das Unidades federadas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 95, p. 171-182, 1987.
- 101 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Princípios condicionantes do poder constituinte estadual em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Público. São Paulo*, v. 92, p. 34-42, 1989.
- 102 Es inconstitucional, por atentado a la separación de los poderes, norma de la Constitución estadual que versar sobre: creación, estructuración y atribución de secretarías y órganos de la administración pública estadual (ADI 821/RS, j. 2/9/2015); la indicación por el Poder Legislativo de miembro de órgano administrativo. (ADI 132/RO, j. 30/04/2003) o régimen jurídico de servidores públicos (ADI 4284/RR, j. 9/4/2015).
- 103 Las iniciativas legislativas reservadas, previstas en la Constitución federal, son de reproducción obligatoria por los textos estaduais. Al desatenderlas, el legislador del Estado viola la simetría y la separación de los poderes (ADI 821/RS, j. 2/9/2015; ADIMC 5087/DF, j. 27/08/2014 ADI 2654/AL, j. 13/08/2014, v.g.)
- 104 A ejemplo de creación de excepción a la incidencia de teto remuneratorio de servidor público estadual (ADIMC 5087/DF, j. 27/08/2014) o equiparación entre carreras (ADI 1434/SP, j. 10/11/1999).
- 105 Ver, por todas, ADI 978/PB, j. 19/10/1995. Cítese, así también, el atentado a la autonomía municipal, a ejemplo del § 3º do art. 177, I, de la Constitución de Minas Gerais que atribuía al alcalde municipal, como regla, iniciar el proceso legislativo y, sólo como excepción, esa atribución es reservada a la Cámara Municipal (ADI 322/MG, j. 03/10/2002).
- 106 BRENNAN JR, William J. State Constitutions and the Protection of Individual Rights. *Harvard Law Review*, v. 90, n. 3, p. 489-504, 1977.

la iniciativa de algunos Estados.<sup>107</sup> Y ciertamente había, pero hay que se reconocer una cierta mala voluntad federativa que también las movía.

El proceso de reforma de la Constitución presenta pocas novedades. Hay un paralelo con la Constitución federal, al preverse la iniciativa de la propuesta al gobernador, a un cierto número de diputados estaduais y de concejales y cámaras municipales. La novedad queda por cuenta del reconocimiento de la iniciativa popular en casi todas las Constituciones. Hay una excepción a la iniciativa municipal, en el caso del Rio Grande del Norte, y popular, en el Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte y Piauí. Las limitaciones al poder reformador no tienen previsión en la mayoría de las Constituciones. En el Amapá (art. 103 § 4º), en el Distrito Federal (art. 70, § 3º), Goiás (art. 19, § 4º), Mato Grosso (art. 38), Pará (art. 103 § 4º) y Paraíba (art. 62, § 1º), se repite la Constitución federal (art. 60, § 4º). Algunas Constituciones establecen inexplicablemente un rol más restricto, en Mato Grosso do Sul (art. 66 § 4º) y Santa Catarina (art. 69 § 4º), al principio federativo y a la separación de los poderes. En el Ceará, a la autonomía de los Municipios, al voto directo, secreto, universal, igual y periódico; y a la independencia y la armonía de los poderes. (art. 59, § 4º). Merecen atención la previsión constitucional de dos estados. En Pernambuco, se dice expresamente que no será objeto de deliberación la propuesta de emenda con la finalidad de modificar las normas definidoras del proceso de alteración de esta Constitución, salvo se tornaren más difícil su proceso (art. 17 § 6º). Y, en Minas Gerais, se dispone que “las reglas de iniciativa privativa pertinentes a legislación infraconstitucional no se aplican a la competencia para la presentación de la propuesta de que trata este artículo” (art. 64, § 1º). Esas novedades se pegan con la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de que es de reproducción obligatoria las normas atinentes al proceso legislativo<sup>108</sup>.

Hasta 2017, la Constitución federal había sido emendada noventa y siete veces. La mayoría de las Constituciones estaduais tuvo un número de alteraciones inferior a las emendas federales. Sólo Rondônia, Espírito Santo y el Distrito Federal presentaron un número mayor: ciento veinticuatro, ciento ocho, y ciento siete veces, respectivamente. El Rio Grande do Norte presentó el menor número, dieciséis (hasta 2015).

Hacer cuadro: PB (31) PR (35), RN (16/2015), RS (73), RR (56), SC (74), MS (77), MT (77), PI (42/2013), MA (73/2015), MG (95), AC (44/2014), CE (86 2016), 54 (GOIÁS), PE (41), RO (124), SP (43/16), TO (36), PA (51/2011), PB (31 2013), AP (56), AM (75 2011), 24 (BA), ES (108), 59 (RJ), SE (47), DF (107)

Fuentes: Constituciones estaduais y Ley Orgánica del DF, disponibles en el portal de las Asambleas Legislativas y de la Cámara Distrital, respectivamente, en 12/2017.

---

107 Inconstitucionalidad en la creación de control externo del poder judicial y organización judicial estadual. ADIs 197/SE, j. 03/04/2014; 183/MT, j. 7/8/1997, *v.g.*, especialmente en ese segundo caso.

108 Véase la decisión reciente del Tribunal que resume su entendimiento a respeto del asunto: “La Constitución, al conferir a los Estados-miembros la capacidad de autoorganización y de autogobierno, impone la observancia obligatoria de varios principios, entre los cuales el pertinente al proceso legislativo, de modo que el legislador estadual no puede válidamente disponer sobre las materias reservadas a la iniciativa privativa del jefe del Ejecutivo. (Precedentes: ADI n. 1.594, Relator el Ministro EROS GRAU, DJe de 22.8.08; ADI n. 2.192, Relator el Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20.6.08; ADI n. 3.167, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 6.9.07; ADI n. 2.029, Relator el Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ de 24.8.07; ADI n. 3.061, Relator el Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 9.6.06; ADI n. 2.417, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 5.12.03; ADI n. 2.646, Relator el Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 23.5.03”. ADI 3564/PR, j. 13/08/2014. Exigir ley complementar para el tratamiento de materias con relación a las cuales la Constitución federal prevé el proceso legislativo ordinario viola el principio de la simetría. (ADI 2872/PI, j. 01/08/2011). La estructura de los tribunales de contas estaduais debe obedecer al modelo federal (ADI 1994/ES, j. 24/05/2006).

En el campo de los derechos fundamentales, no hay mucha innovación. En el ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales, existe, en muchos estados, un detalle mayor de lo que el texto federal. La protección del consumidor, del medio ambiente, del niño, del adolescente y del anciano está prevista en todas las Constituciones estaduais. Así también se encuentran énfasis en el reconocimiento de la diversidad étnica, del papel cultural e identitario del afro-brasileiro, de grupos nativos e indígenas, en casi todas, y de quilombos y ribereños, en algunas.<sup>109</sup> El repudio a la violencia en contra la mujer y la búsqueda de promoverle derechos reproductivos están presentes en casi todas ellas<sup>110</sup>.

Para la extensión del País y su diversidad, el constitucionalismo estadual brasileiro deja a desear. Hay diversas razones para eso. Objetivamente, él está preso entre dos amarras jurídicas. De un lado, está la Constitución federal que le deja poca margen de creación. De otro, se encuentra una jurisprudencia constitucional que lo inhibe dentro del poco espacio que le resta. Políticamente, hay prejuicios y traumas que, por lo menos, en parte explican la baja expresión de la autonomía constitucional de los Estados. El surgimiento de la federación en el Brasil se realizó más por acomodaciones de intereses exclusivos de las elites económicas y políticas que por razones públicas y búsqueda colectiva de mejor ordenación político-territorial<sup>111,112</sup>.

Ese federalismo de compadres manchó las virtudes de la autonomía constitucional de los estados, tanto que, mismo tras la Constitución de 1988, se escuchan ecos del poder excesivo de los gobernantes estaduais, capaces de capturar los intereses nacionales.<sup>113,114</sup> La respuesta a ese descrédito se hizo por medio de una centralización autoritaria, en nombre del planeamiento, de la eficiencia y de la moralidad<sup>115 116</sup>, que deja sus marcas en el texto de la Constitución federal y en los modos de interpretarla. Hasta mismo el discurso descentralizante, adviniendo del proceso de redemocratización, se hizo, como sucedió en 1946<sup>117</sup>, más en provecho de las municipalidades, espacio de relaciones inmediatas entre gobernantes y gobernados, con el consecuente incremento democrático<sup>118,119</sup>. El estado se tornó un peso muerto o, cuando menos, un olvidado, por demérito no de él propiamente, pero de quien, de hecho, lo gobierna.

109 La protección de derechos de los quilombos está prevista en por lo menos tres Constituciones (Pará, art. 286 § 2º; Paraíba, arts. 252A e B; y Goiás, art. 16, ADCT); y los gitanos son tratados por la Constitución de Paraíba – arts. 252A e B).

110 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituciones Subnacionales nas Federaciones e Derechos Fundamentais*. Belo Horizonte, 2018.

111 DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2005.

112 BARBOSA, Rui. A velha Messalina. In BARBOSA Rui. *Obras Seletas*. v. II. São Paulo: Poeteiro Digital, 2014, p. 82.

113 ABRÚCIO, Fernando. *Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira*. São Paulo, Hucitec, 1998.

114 SAMUELS, David. *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

115 RODRIGUES, Félix C. *Velhos Rumos Políticos: Ensaio Contributivo para a Revisão Constitucional no Brasil*. Tours: Arrault & Cia, 1921, p.10.

116 CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 138/198.

117 MELO, Marcus André B.C. Municipalismo, Nation-Building e a Modernização do Estado no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 23, p. 85-100, 1993.

118 MAGALHÃES, Luiz Quadros de. *Poder Municipal: Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

119 GUIMARÃES, Manoel Luís S. Nação e Civilização nos Trópicos: O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e o Projeto de uma História Nacional. *Estudos Históricos*, n. 1, p. /5-27, 1988.

## CONSIDERACIONES FINALES

La autonomía constitucional de las unidades subnacionales es uno de los aspectos centrales de los Estados federales. Hay, todavía, una variación muy grande entre esos Estados en el espacio de libertad que las Constituciones federales dejan para los textos constitucionales subnacionales. La literatura apunta diversas razones para ese fenómeno: la historia de formación del Estado federal, la cultura política de los pueblos, los valores predominantes en el tiempo e influencia de los partidos políticos.

En la gran mayoría de las Constituciones subnacionales de los Estados federales ocurre una reproducción del texto constitucional federal. Importa decir que el ejercicio del poder constituyente subnacional ha buscado su inspiración en el trabajo del constituyente de la federación. Las razones que explican la diferencia de tratamiento dispensado por los constituyentes federales en la definición del espacio de libertad que sería dejado al legislador subnacional también se aplican al propio trabajo de ese legislador. Hay, todavía, una tendencia reciente de redescubierta de la importancia del ejercicio de la autonomía constitucional para atendimento de necesidad inmediata de las poblaciones que viven en su territorio y como forma de estimular los procesos auto identitarios de esas poblaciones. Se amplía también el interés académico en estudiar ese fenómeno.

Hay, claramente, una iniciativa recurrente de los legisladores estatales para ampliar los mecanismos de participación popular en los procesos decisorios locales, bien como de reconocerles derechos sociales, económicos y culturales que, en muchos casos, no están previstos en el texto constitucional federal. La protección de las minorías es otro elemento que encuentra en la Constitución subnacional su espacio más apropiado.

En Brasil, las Constituciones estatales osaron poco. Orgánicamente, había mismo poco espacio de actuación, dadas las disposiciones del texto federal. En el ámbito de los derechos fundamentales, hay, cuando mucho, un detallar mayor de los derechos sociales. Es posible notar, sin embargo, una preocupación mayor con la protección de la mujer, de los afrodescendientes y de otras minorías. Aun así, es poco para un País tan extenso y plural. Las razones jurídicas para esa timidez pueden ser encontradas en una excesiva preordinación federal y en una jurisprudencia constitucional que consigue ampliarla aún más. Políticamente, pueden ser resultado de un federalismo de estados, identificado con meros aciertos de elites, generando precauciones que simpatizan con las propuestas eficientistas y moralizadores del centralismo y, paradójicamente, del municipalismo. La desconocer algunas virtudes encontradas en otros sitios.

No raramente, iniciativas en el legislador subnacional son adoptadas en el plan federal, haciendo valer la tesis del antiguo juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, William Brennan, en el sentido de que el Estado federal gana con el laboratorio de experiencias que son los entes subnacionales. Se hay aciertos, ellos pueden ser reproducidos por otros entes y por la propia federación. Se hay errores, ellos se circunscriben al ente que lo provocó. En los Estados Unidos, las Constituciones estatales se anticiparon a una serie de derechos, a ejemplo de los sexuales y reproductivos, antes de la Suprema Corte de aquel país reconocerlos en el plan federal. En el Brasil, en menor extensión, ese efecto multiplicador también se presenta como se vio en el texto. Podría ser mayor, se no imperase aún una cultura centralizadora, incluso en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

## REFERENCIAS

ABRUCIO, Fernando. *Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira*. São Paulo, Hucitec, 1998.

ÁFRICA DO SUL. *Constitution of 1996* (Atualizada em 2005). Disponível em < <http://bit.ly/1VPWx5R>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

- EMIRADOS ÁRABES UNIDOS. Estrutura. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/160079.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. El Estado Autonómico en España a los 25 años de Constitución. In DURÁN, Manuel C. et al (coords.). *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas de VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. v. 2. Madrid: Aranzadi, p. 4285-4344, 2006.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn*. (Atualizada até janeiro 2011). Disponível em: <<http://bit.ly/2qIs7Iz>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A Constituição do Estado federal e das Unidades federadas. *Revista de Información Legislativa*, n, 95, p. 171-182, 1987.
- ANDREU, Josep Maria C. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y Su Significado para el Futuro del Estado Autonómico*, Sept. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/KwQmVX>>. Acesso em 12 jan. 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto D.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Derecho Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca C. *Jurisdição Constitucional e Federación: O Princípio da Simetria na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico : Elsevier, 2009
- ARAÚJO, Marcelo Labanca C. Derechos da pessoa idosa e repartição de competências entre os poderes públicos no federalismo brasileiro. In *Manual dos derechos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, p. 93-113, 2017.
- ARGENTINA. *Constitución de 1853* (Atualizada em 15/12/1994). Disponível em: <<http://bit.ly/2eedveP>>. Acesso em: 15 mar 2017.
- ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.
- AUSTRÁLIA. *Constitución de 1900 (com emendas até 1977)*. Disponível em: <<http://encurtador.com.br/rtCU3>>. Acesso em 15/02/2017.
- ÁUSTRIA. *Constitution of 1920*, Reinstated in 1945, with Amendments through 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2sYC7LZ>>. Acesso em 15 mar. 2017.
- BADÍA, Juan F. El Federalismo. *Revista de estudios políticos*, n. 206, p. 23-76, 1976.
- BANDION-ORTNER, Claudia. Austrian Judicial System, Institutions – Agencies – Services Vienna, January 2009. Disponível em: <[http://www.handelsrichter.ch/download/UEMC-AT-Justicial\\_System-2009.pdf](http://www.handelsrichter.ch/download/UEMC-AT-Justicial_System-2009.pdf)>. Acesso em 18 fev 2018.
- BARBOSA, Rui. A velha Messalina. In BARBOSA Rui. *Obras Seletas*. v. II. São Paulo: Poeteiro Digital, 2014.
- BARROSO, Luís R. Vinculação de Estado-Membro pelo Derecho Internacional: Reflexões acerca do Cumprimento de Recomendações Oriundas da Comissão Internacional de Derechos Humanos da OEA. In *Derecho Internacional na Constitución: Estudos em Homenagem a Francisco Rezek*. São Paulo: Saraiva, p. 425-454, 2014.
- BASTOS, Celso. *Curso de Derecho Constitucional*. 11ª ed, ref. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BAURIES, Scott R. State Constitutions and Individual Rights: Conceptual Convergence in School Finance Litigation. *George Mason Law Review*, v. 18, n. 2, p. 301-366, 2011.
- BÉLGICA. *Constitution of 1831* (Atualizada em 05/2014). Disponível em: <<http://bit.ly/2sZ4pGh>>. Acesso em 15 mar. 2017.
- BIAGGINI, Giovanni. Federalism, Subnational Constitutional Arrangements, and the Protection of Minorities in Switzerland. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, ROBERT F.; MARO, Jospeh (eds). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, p. 213-230, 2004.

- BLACKSHIELD, Anthony; WILLIAMS, George, *Australian Constitutional Law & Theory: Commentary and Materials*. 6<sup>th</sup>. ed. Annandale: Federation Press, 2014.
- BRASIL. Acre. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/dcNyjm>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Alagoas. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/7KGLwb>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Amapá. *Constitución Estadual 1991*. Disponível em: <<https://goo.gl/PDWJUR>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Amazonas. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/ui8dbQ>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Bahia. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/ikTyyQ>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Ceará. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/yvMUvZ>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. *Constitución Federal de 1988 (Atualizada em 6/6/2017)*. Disponível em: <<http://bit.ly/1eolror>>. Acesso em 09 jun. 2017.
- BRASIL. Distrito Federal. *Lei Orgânica de 1993*. Disponível em: <<https://goo.gl/kkZkiJ>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Espírito Santo. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/zZyJWW>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Goiás. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/BuQJct>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Maranhão. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/VgmwNp>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Mato Grosso do Sul. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/KjaJT3>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Mato Grosso. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/4w2gna>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Minas Gerais. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/WDAuVQ>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Pará. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/2Kh50P>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Paraíba. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/LP7s24>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Paraná. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/yGJveM>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Pernambuco. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/DHqCdE>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Piauí. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/cQwVMf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Rio de Janeiro. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/gKzRMn>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Rio Grande do Norte. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/3rfu59>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

- BRASIL. Rio Grande do Sul. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/uzaBLV>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Rondônia. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/x1Do3p>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Roraima. *Constitución Estadual 1991*. Disponível em: <<https://goo.gl/iZ4Uiw>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Santa Catarina. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/LcRVk6>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. São Paulo. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/Xx4NKs>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Sergipe. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/XppsZk>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIMC 1087/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 01/02/1995. Disponível em: <<https://goo.gl/CD6MwF>>. Acesso em 11 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIMC n. 980-DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/02/1994. Disponível em: <<https://goo.gl/YLFX6X>>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIMC n. 980-DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3/2/1994. Disponível em: <<https://goo.gl/YLFX6X>>. Acesso em 11 fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 590829/MG. Relator Min. Marco Aurélio, j. 5/mar./2015. Disponível em: <<https://goo.gl/pfz93D>>. Acesso em 11 fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min., julgado em 9/10/2003. Disponível em: < >. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BRASIL. Tocantins. *Constitución Estadual 1989*. Disponível em: <<https://goo.gl/iCw3Lb>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRENNAN JR, William J. State Constitutions and the Protection of Individual Rights. *Harvard Law Review*, v. 90, n. 3, p. 489-504, 1977.
- BRENNAN JR, William J. State Constitutions and the Protection of Individual Rights. *Harvard Law Review*, v. 90, n. 3, p. 489-504, 1977.
- BULFER, Dan J. How California Got It Right: Mining In Re Marriage Cases for the Seeds of a Viable Federal Challenge to Same-Sex Marriage Bans. *California Western International Law Journal*, v. 41, n. 1, p. 49-92, 2010.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- CANADÁ. *Constitución de 1867 (com emenda de 1982)*. Disponível em: <<http://encurtador.com.br/itQZo>>. Acesso em 15/02/2017.
- CHEMERISNKY, Erwin. Why Cases Under the Guarantee Clause Should be Justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994.
- CURRIE, David P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994.
- DALLARI, Adilson Abreu. Poder constituinte estadual. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 201-206, 1989.
- DELLEDONE, Giacomo; MARTINICO, Giuseppe. Handle with Care!: The Regional Charters and Italian Constitutionalism's 'Grey Zone'. *European Constitutional Law Review*, v. 5, n. 2, p. 218-236, 2009.

- DELLEDONNE, Giacomo. Speaking in Name of the Constituent Power: the Spanish Constitutional Court and the New Catalan Estatut. *Perspectives on Federalism*, v. 3, n. 1, p. 1-14, 2011.
- DINAN, John. *Patterns and Developments in Subnational Constitutional Amendment Processes*, Paper 2009. disponível em: <<https://goo.gl/uiUyci>>. Acesso em 15 fev. 2018.
- DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2005.
- ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama, 1991.
- ELAZAR, Daniel J. State Constitutional Design in the United States and other Federal Systems. *Publius*, v. 12, p. 1-10, 1982.
- EMIRADOS ÁRABES UNIDOS. *Constitution of 1971 with Amendments through 2004*. disponível em <<http://bit.ly/2sYTKLQ>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 247/2007, de 12 de dezembro. Disponível em: <<https://goo.gl/XFupkj>>. Acesso em 13 jan. 2018
- ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 31/2010. Disponível em: <<https://goo.gl/SU96Zm>>. Acesso em 13 jan. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Constitution of 1787* (Atualizada em 1992). Disponível em <<http://bit.ly/2lvunOp>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte do Texas. *Davenport v. Garcia*, 837 S.W.2d 73 (1992). Disponível em: <<https://goo.gl/KFRfmX>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Disponível em: <<https://goo.gl/uj88uS>>. Acesso em 14 jan. 2018
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). (voto dissidente do Justice Brandeis). Disponível em: <<https://goo.gl/ctTexn>>. Acesso em 17 jan. 2018.
- FADZEL, Ahmad. Malaysia: A Case Study. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/fv1RYc>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*. 9.ed. Paris: Dalloz, 2006.
- FERCOT, Céline. Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems: A Comparative Analysis of German, American, and Swiss Law. *European Constitutional Law Review*, v. 4, p. 302-324, 2008
- FERENBACHER, Don E. *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*. Athens: University of Georgia Press, 1989.
- FERRARI, Regina Maria M. N. *Derecho Municipal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRARI, Regina Maria Macedo N. *Controle da Constitucionalidade das Leys Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Princípios condicionantes do poder constituinte estadual em face da Constitución Federal. *Revista de Derecho Público. São Paulo*, v. 92, p. 34-42, 1989.
- FERREIRA, Ivan F.S.; BUGARIN, Mauricio S. Transferências voluntárias e ciclo político-orçamentário no federalismo fiscal brasileiro. *Revista Brasileira de Economia*, v. 61, n. 3, p. 271-300, 2007.
- GAMPER, Anna. Constitutional Courts, Constitutional Interpretation, and Subnational Constitutionalism. *Perspectives on Federalism*, v. 6, n. 2, p. 24-44, 2014.
- GARDNER, James A. *In Search of Subnational Constitutionalism*. Buffalo Legal Studies Research Paper n. 2007-016. Disponível em: <<https://goo.gl/14qjjF>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- GAZIER, Anne. Justice Constitutionnelle et Fédéralisme en Russie. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, v. 5, p. 1359-1391, 1999.

- GONZÁLEZ, Juan Marcos G. United Mexican States. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 208-238, 2005.
- GUIMARÃES, Manoel Luís S. Nação e Civilização nos Trópicos: O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e o Projeto de uma História Nacional. *Estudos Históricos*, n. 1, p. 15-27, 1988
- GUNLICKS, Arthur B. Land Constitutions in Germany. *Publius: The Journal of Federalism*, v. XXVIII, n. 4, p. 105-125, 1998.
- HALL, Kermit L.; ELY, JR, James V. (eds.). *An Uncertain Tradition: Constitutionalism and the History of the South*. Athens: University of Georgia Press, 1989)
- HORTA, Raul Machado. *Derecho Constitucional*. 5ª ed. Atualizada por Juliana Campos Horta Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HORTA, Raul Machaldo. *A Autonomia do Estado-Membro no Derecho Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A., 1964.
- HURST, James W. *The Growth of American Law: The Law Makers. The Growth of American Law: The Law Makers*. Boston: Little, Brown and Company, 1950.
- ÍNDIA. *Constitution of 1950* (Atualizada em 11/2015). Disponível em <<http://bit.ly/rYlIHt2>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- IRAQUE. *Constitution of 2005*. Disponível em:< <http://bit.ly/1e1jJsa> >. Acesso em: 15 mar. 2017.
- ITÁLIA. Tribunal Constitucional. *Sentenza 365/2007*. Disponível em: <<https://goo.gl/rw8No4>>. Acesso em 13 jan. 2018.
- KARLHOFER, Ferdinand. Sub-national Constitutionalism in Austria: a Historical Institutional Perspective. *Perspectives on Federalism*, v. 7, n. 1, p. 57-84, 2015.
- LORENZ, Astrid; REUTTER, Werner. Subconstitutionalism in a multilayered system. A comparative analysis of constitutional politics in the German Länder. *Perspectives on Federalism*, v. 4, n. 2, p. 148-170, 2012.
- MAGALHÃES, Luiz Quadros de. Poder Municipal: Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MALÁSIA. *Constitution of 1957* (status 2015). Disponível em:< <http://bit.ly/1Wl4PSh>>. Acesso em 15 mar. 2107.
- MARSHFIELD, Jonathan L. Authorizing Subnational Constitutions in Transitional Federal States: South Africa, Democracy, and the KwaZuluNatal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, p. 585-648, 2008.
- MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011.
- MARVÁN, Ignacio. Reflexiones sobre federalismo y sistema político en México. *Política y Gobierno*, volumen IV, número 1, 1er semestre de 1997, pp 149-166, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Derecho Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELO, Marcus André B.C. Municipalismo, Nation-Building e a Modernização do Estado no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 23, p. 85-100, 1993.
- MESQUITA, Marcel B. O federalismo brasileiro e a repartição de competências em matéria ambiental. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 9, n. 32/33, p. 177-197, 2010.
- MÉXICO. *Constitución de 1917* (Atualizada em 24/02/2017). Disponível em < <http://bit.ly/2mKDwHf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

- MÖSTL, Markus. Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt? Eine Positionsbestimmung im bundesstaatlichen und supranationalen Verfassungsverbund. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. CXXX, n. 3, p. 350-391, 2005.
- OKOTH-OGENDO, H.W.O. Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. In GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; WHEATLEY, Steven C.; OLIVIERO, Melanie B. (eds.). *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*. New York: Oxford University Press, p. 65-83, 1993.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Human Rights Committee 98th Session. New York, 8-26 March, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/kyiCSa>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- TERRY-ANDREWS, Odisu. Federalism in Nigeria: A critique. *Scientific Journal of Review*, v. 5, n. 3, p. 340-343, 2016.
- PAQUISTÃO. *Constitution of 1973* (Atualizada em 7/1/2015). Disponível em: <<http://bit.ly/2sYF1AE>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- PEPELIER, Patrícia. The Need for Sub-National Constitutions in Federal Theory and Practice. The Belgian Case. *Perspectives on Federalism*, v. 4, n. 2, p. 36-58, 2012.
- PRÉLOT, Michel *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: Dalloz, Paris, 1972.
- REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 15, n. 3, p. 5-17, 1995.
- RODRIGUES, Félix C. *Velhos Rumos Políticos: Ensaio Contributivo para a Revisão Constitucional no Brasil*. Tours: Arrault & Cia, 1921.
- RUSSELL, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson Limited, 1987.
- RÚSSIA. *Constitution of 1993* (com emendas até 2008). Disponível em: <<http://bit.ly/2rUA1h6>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- SALDANHA, Ana Claudia. Estado Federal e Descentralização: uma visão crítica do federalismo brasileiro. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 30, n. 59, p. 327-360, 2009.
- SALIKOV, Marat. Russia Federation. In TARR, G. Alan; KINCAID, John (eds.). *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queens University Press, p. 276-310, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituciones Subnacionales nas Federaciones e Derechos Fundamentais. Belo Horizonte, 2018 (artigo não publicado).
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constitución e dos Derechos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SAMPAIO, Leandro Augusto N. Sobre a Competência Constitucional Concorrente do Estado-Membro em Matéria Previdenciária. *Revista da Procuradoria General do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 34, n. 71, p. 51-68, jan./jun. 2013.
- SAMUELS, David. *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SAUNDERS, Cheryl. *The Constitutional Credentials of State*. Melbourne Legal Studies Research Paper No. 621, p. 1-7. Disponível em: <<https://goo.gl/zgc2v7>>. Acesso em 08 mar 2018.
- SCHUMAN, David. The Origin of State Constitutional Direct Democracy: William Simon U'Ren and "The Oregon System". *Temple Law Review*, v. 67, p. 947-963, 1994.

- SHAHID, Zubair. Federalism in Pakistan: Of Promises and Perils. *Perspectives on Federalism*, v. 7, n. 1, p. 117-145, 2015.
- SILVIO, Gambino (ed.). *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*. Milano: Giuffrè, p. 219-244, 2008.
- STEPAN, Alfred. Modern Multinational Democracies: Transcending a Gellnerian Oxymoron. In HALL, John A (ed). *The State of the Nation: Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*. New York: Cambridge University Press, p. 219-242, 1998.
- SUDÃO DO SUL. Constituição de 2011. Disponível em: <<http://encurtador.com.br/yAG67>> Acesso em 11/04/2017.
- SUDÃO. *Constitution of 2005*. Disponível em <<http://bit.ly/2soBggH>>. Acesso em: 15 mar. 2017
- SUIÇA. *Constitución de 1999 com emendas até 2016*. Disponível em: <<http://encurtador.com.br/bjKS7>>. Acesso em 11/03/2017
- TAR, G. Alan; PORTER, Mary C. Gender Equality and Judicial Federalism: The Role of State Appellate Courts. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 9, p. 919-973, 1982.
- TARR, Alan. Controlling Competency Conflicts: Subnational Constitutions, National Constitutions and the Allocation of Authority. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 76-86, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/MTJn8i>>. Acesso 15 fev. 2018.
- TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. *Penn State Law Review*, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011.
- TARR, G. Alan. Taking Subnational Constitutions Seriously: Explaining Change and Development in the Evolution of Federal and Quasi-Federal States, 2008. Disponível em: < <https://goo.gl/tkUNGP>>. Acesso em 18 fev. 2018.
- TOLENTINO, Fernando L. Federalismo brasileiro e repartição de competências em matéria urbanística. In *Derechos fundamentales aplicados à cidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 21-44, 2015.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Derecho Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VENEZUELA. *Constitución de 1999* (Atualizada em 19/02/2009). Disponível em <<http://bit.ly/1P5s-ShH>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 695-754, 2014.
- WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In *Subnational Constitutional Governance*. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/MTJn8i>>. Acesso 15 fev. 2018.
- WEISS, Norman. The Protection of Minorities in a Federal State: The Case of Germany. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, Robert F.; MARKO, Josef (eds.). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, 2004.
- WILLIAMS, Robert. *The Law of American State Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2009
- WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan. Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons. In TARR, G. Alan; WILLIAMS, Robert F.; MARKO, Josef (eds.). *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*. Westport; London: Praeger, p. 3-24, 2004.
- WISEMAN, Nelson. Clarifying Provincial Constitutions. *National Journal of Constitutional Law*, v. 6, p. 269-293, 1996.

# **El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público**

Dr. Francisco Puerta Seguido<sup>1</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.06](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.06)

## **1. LOS ANTECEDENTES DEL PLAN ESTATAL PARA EL IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE**

Probablemente muchos de los “operadores jurídicos” que transitan, en una u otra posición, por el mundo del derecho de la contratación pública habrán recibido con alivio la reciente aparición en el Boletín Oficial del Estado de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, que aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

El Plan viene acompañado, además del compromiso de crear un grupo de trabajo en el seno de la Comisión interministerial<sup>2</sup> para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública que, en “el plazo máximo de seis meses, deberá realizar los trabajos preparatorios necesarios para la adopción por parte del Consejo de Ministros del Acuerdo<sup>3</sup> a que se refiere

1 Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Doctor del área de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Director académico de la UCLM. Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2 La Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública ha sido creada mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo.

3 En ese acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción que cumplan con los requisitos establecidos en su normativa reguladora, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

El Acuerdo de Consejo de Ministros deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017 y, si transcurrido este plazo, no se hubiera adoptado, los órganos de

la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017. Este grupo de trabajo asimismo promoverá la elaboración del Real Decreto que se contempla en el artículo 71.1 letra d) cuarto párrafo de la Ley 9/2017, relativo a la acreditación mediante un sistema alternativo a la declaración responsable del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el artículo 71.1 letra d) primer párrafo de la Ley 9/2017; así como el desarrollo de otros aspectos del Plan, tales como la elaboración y el diseño de planes formativos<sup>4</sup> o propuestas legislativas de desarrollo que promuevan la contratación pública estratégica socialmente responsable.

Los esfuerzos europeos, también nacionales, regionales y locales, no habían sido correspondidos desde la Administración General del Estado con la intensidad que merecían y ha habido que esperar a la aprobación y publicación de este acuerdo del Consejo de Ministros para percibir con claridad la voluntad del Gobierno español de imponer en la contratación del sector público estatal el carácter preceptivo y transversal con el que deben ser incorporados a la actividad contractual los mandatos contenidos en el artículo 1 de la LCSP. Ello no quiere decir que en el ámbito de la Administración General del Estado no se hubiesen promocionado los objetivos de la contratación pública estratégica, debe recordarse aquí que el Gobierno central ya había aprobado medidas de esta naturaleza y con esas finalidades en el Plan extraordinario de inclusión social y lucha contra la pobreza, de 26 de febrero de 2010, introduciendo criterios sociales en la contratación pública y demandando la aprobación de un acuerdo del Consejo de Ministros que avanzara en esta línea. Relevantes resultan también la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2012-2020<sup>5</sup>, que insiste en la necesidad de fomentar la incorporación de criterios sociales, ambientales, de derechos humanos y éticos en las licitaciones y adquisiciones públicas vinculados al objeto del contrato, y la asunción del compromiso de “configurar la contratación pública como instrumento de promoción de políticas y prácticas responsables en materia social, laboral, medioambiental y de fomento de la innovación” llevada a cabo en el Programa Nacional de Reformas 2018.

En lo concreto, mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, se creó la Comisión Interministerial<sup>6</sup> para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública y con la finalidad de coordinar las actuaciones de las entidades integrantes del sector público estatal en ese proceso de incorporación de criterios sociales en la contratación.

Algunas Comunidades Autónomas, y Ayuntamientos, con desigual resultado, han desarrollado ya marcos legales en la línea demandada por esta pretensión de incorporar valor social y medioambiental en las relaciones contractuales que ofrecen y conciertan las entidades integrantes del sector público y otros operadores sometidos al derecho público de la contratación.

---

contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI.

4 El Plan pretende, siguiéndose la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, potenciar la formación de las personas que tramiten expedientes y procedimientos de licitación de contratos, así como de aquéllas que deban realizar el seguimiento y la supervisión de su ejecución.

5 Aprobada el 16 de julio de 2014 por el Pleno del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social de las Empresas y el 24 de octubre de ese mismo año por el Consejo de Ministros.

6 En la Comisión, que está adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, están representados todos los Ministerios, el Consejo Nacional de la Discapacidad, la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Tal y como se explicita en la motivación del acuerdo publicado “la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. Esta sostenibilidad debe ser entendida en su doble vertiente social y medioambiental”.

Debe recordarse aquí que esta declaración de intenciones de la Orden que publica el acuerdo del Consejo de Ministros tiene sólidos antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en la actividad de sus Instituciones.

El libro verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, sugería inequívocamente que las autoridades públicas hiciesen una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020, utilizando sus recursos para comprar bienes y servicios con un “alto valor social” en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, y promoción de la igualdad mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos, si bien respetando en todo caso el marco jurídico de contratación pública de la Unión Europea, en el que el vínculo con el objeto del contrato es la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas.

En ese mismo año la Comisión Europea definía<sup>7</sup> la denominada Contratación Pública Socialmente Responsable (CPSR) como “las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (especialmente de las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación”.

Conviene, en paralelo, adelantar ya la definición que el propio Plan lleva a cabo de la “Contratación pública estratégica socialmente responsable”, que es “aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017”. Definición que acentúa sin duda alguna la vis expansiva del valor social de la contratación pública y pone de manifiesto la transversalidad de su exigencia, a la que después nos referiremos.

Esos mismos objetivos son invocados hoy en el acuerdo que analizamos, de manera que el punto de partida es el reconocimiento de que la contratación pública es un instrumento útil, de los que más, para luchar contra “los principales males” que amenazan el bienestar de las sociedades europeas, a saber, el desempleo y la precariedad de las relaciones laborales, la desigualdad social, las dificultades de inclusión de los colectivos desfavorecidos, la pobreza y las amenazas medioambientales que ponen en peligro nuestra pretensión de desarrollo sostenible, etc. Tal y

<sup>7</sup> Mediante la publicación titulada *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, llevada a cabo por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea (2011).

como señala la exposición de motivos de esta Orden “... A través de la contratación pública estratégica socialmente responsable, las autoridades públicas pueden promover oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. Estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones públicas. Todo ello permite impulsar el avance progresivo de la sociedad por la senda del desarrollo sostenible e integrador”.

Por lo que al derecho de la Unión Europea se refiere, y en el marco de las medidas legislativas amparadas por los objetivos declarados en la Estrategia Europa 2020, debemos destacar las previsiones contenidas en la Directiva<sup>8</sup> general de Contratación Pública que, en su segundo considerando, señala que: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020”, como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública... a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

Queda clara la intención del Derecho de la Unión a la hora de concebir la contratación pública como un instrumento estratégico para conseguir, más allá de obras, servicios o suministros necesarios para satisfacer los fines de la Administración y en las condiciones económicamente más ventajosas, una potente herramienta jurídica que, puesta al servicio de los poderes públicos, ha de procurar el desarrollo de políticas que promuevan y protejan valores fundamentales: cohesión social, redistribución de la riqueza, igualdad y justicia.

En esa misma línea señala en su artículo 18.2 el deber de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional y los convenios colectivos. Además de este mandato general imperativo, se hace referencia expresa a los aspectos sociales en los motivos de exclusión de contratistas (Art. 57); en la definición del objeto de los contratos (Art. 62); como criterios de adjudicación (Art. 67); y como condición de ejecución (Art. 70).

Esta apuesta decidida desde la Unión por la llamada Contratación Pública Socialmente Responsable es una muestra clara de los avances que se están produciendo en la línea de intentar conseguir que los poderes públicos terminen asumiendo, como obligatoria, la incorporación y promoción de consideraciones o aspectos de tipo social en la contratación del sector público, salvo que se acredite la incompatibilidad con el objeto del contrato<sup>10</sup>.

8 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Ha de tenerse en cuenta que las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo ya explicitaban la posibilidad de incorporar aspectos sociales en las especificaciones técnicas, en los criterios de selección y adjudicación y entre las cláusulas de cumplimiento de los contratos.

9 Se establece en la *Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»)*.

10 Véase la exposición de motivos de la Resolución de 19 de octubre, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

La nueva legislación europea resuelve con firmeza las dudas generadas en torno a la legalidad de las cláusulas sociales y ha dejado sin coartada a las tesis contrarias a su incorporación al mundo de la contratación pública, exigiendo a nuestras administraciones públicas la utilización de sus operaciones contractuales como eficaces instrumentos de lucha contra la exclusión social, de generación de empleo de calidad, de impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres y de preservación del medio ambiente.

Por otra parte resulta complicado, a estas alturas del debate, cuestionar las bondades de la Contratación Pública Socialmente Responsable. La incorporación de criterios sociales, éticos y medioambientales a la hora de preparar los contratos públicos, de seleccionar a las empresas licitadoras y contratistas y de ejecutar esos contratos, supone un ejercicio responsable también de las potestades públicas y de la utilización de los recursos públicos, que no pueden ir a parar al patrimonio de empresas que no respetan los derechos de las personas trabajadoras o que incumplen la cuota de reserva laboral de puestos de trabajo para personas discapacitadas, que practican la desigualdad o discriminación de género o que contaminan recursos naturales. La Contratación Pública Socialmente Responsable exige a las administraciones públicas que en sus relaciones contractuales adopten medidas que favorezcan el empleo de calidad, la inserción socio laboral, la igualdad de género y el comercio justo.

Ha de tenerse en cuenta que el volumen de recursos públicos que consume la contratación pública es de primer orden, la contratación pública no es una actividad residual de las entidades integrantes del sector público, sino más bien un ámbito de actuación pública de suma importancia cuantitativa, de manera que la administración pública es el mayor empleador y el más importante consumidor, el primer operador económico, y la contratación se convierte en ese instrumento estratégico idóneo para el desarrollo de las políticas sociales a las que nos hemos referido.

### *1.1. ALGUNAS REFERENCIAS PREVIAS EN EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE.*

En el derecho español la inclusión de cláusulas o aspectos sociales en la contratación pública se llevó a cabo, tímidamente, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 (DA 8ª). La recepción de esos valores se acentuó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que en su exposición de motivos (IV.3) proponía “acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales”.

Con la operación de refundición normativa llevada a cabo mediante la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se contempla, si quiera sea con carácter potestativo, la posibilidad de tener en cuenta aspectos sociales en la contratación, bien sea como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118); como criterio de valoración de las ofertas (art 150.1); como preferencia en la adjudicación en igualdad de ofertas a empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro y a entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (DA 4ª); o bien configurando esa incorporación a modo de reserva de contratos para Centros Especiales de Empleo (DA 5ª).

La nueva LCSP, Ley 9/2017, ha ido, sin duda alguna mucho más allá y ya no habla de la inclusión voluntaria de los criterios sociales o medioambientales, en su exposición de motivos señala que “por primera vez, y para lograr el objetivo de conseguir una mejor relación calidad-precio, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad,

concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”.

Por su parte el art. 1.3. LCSP apostilla el carácter imperativo de la contratación socialmente responsable y señala que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

La vocación de la nueva ley aflora también en las Disposiciones generales sobre la contratación del sector público. El artículo 28, con un tono bastante menos imperativo que el utilizado en el 1.3. de ese mismo cuerpo legal, bajo el epígrafe, “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, señala en su apartado segundo que “2. Las entidades del sector público.....valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

Con las finalidades descritas los gobiernos autonómicos han dado un decidido impulso al proceso de Contratación Pública Socialmente responsable. Por ejemplo el Gobierno de Castilla-La Mancha aprobó, con fecha 18 de octubre de 2016, una “Instrucción<sup>11</sup> sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional”. En la exposición de motivos de la Instrucción se explicitaba la conveniencia de dictar la instrucción con la finalidad, por una parte, de establecer criterios homogéneos de actuación entre todos ellos y, por otra, de servir de guía sobre los requisitos legales que deben cumplirse para su inclusión voluntaria y en aquellos que, por su objeto sean susceptibles de ello, de este tipo de cláusulas.

La Instrucción regional declaraba como objetivo principal su propósito de garantizar la incorporación efectiva de cláusulas sociales en los expedientes de contratación<sup>12</sup> incluidos dentro del ámbito de aplicación de la misma, considerando, a efectos de su interpretación y aplicación, que son cláusulas sociales todas aquellas que se incorporen referentes a materias de política social, ética o ambiental como son: la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, el fomento de la estabilidad en el empleo, la inserción laboral de personas con discapacidad, la accesibilidad, la seguridad y salud laboral, la formación profesional, el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas y la inclusión de requerimientos medioambientales.

11 La Instrucción se aprobó a propuesta de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas. A esta Consejería le corresponde, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 82/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, la coordinación en materia de contratación administrativa del sector público regional.

12 La Instrucción será de aplicación a los contratos que celebre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus Organismos Autónomos y resto de entes y entidades que integran el sector público regional.

Se excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Instrucción la contratación de bienes y servicios realizada a través de la adhesión a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas, la contratación derivada de acuerdos marco suscritos por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas y los contratos menores.

El acuerdo autonómico se ha malogrado con su anulación mediante la Sentencia 280/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>13</sup>, dictada en el procedimiento ordinario seguido tras el recurso contencioso-administrativo nº 532/2016, interpuesto por la abogacía del Estado, contra la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional. Debe tenerse en cuenta que la ratio decidendi del pronunciamiento judicial no se centra en la naturaleza y finalidades de las cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública sino, básicamente, en el alcance normativo de la Instrucción, en cuya aprobación no se había seguido el procedimiento de elaboración legalmente establecido de esta, en puridad, disposición general y, además, se imponían medidas de carácter social que invadían las competencias estatales en materia social.

En el mismo día y año otra Comunidad Autónoma de nuestro Estado aprobaba un Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía; previamente la Comunidad Autónoma de las Illes Balears había probado un Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2016, por el que se establecen directrices para la inclusión de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de y su sector público instrumental; el Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el día 19 de septiembre de 2016, adoptó un acuerdo por el que se establecían directrices en la contratación pública de la administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo objetivo está vinculado a la adopción de objetivos sociales y medioambientales en el ámbito autonómico; en la Comunidad de Castilla y León se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la comunidad sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación mediante Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León; en Extremadura mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 23 de febrero de 2016, se aprueba la Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las pymes y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público; etc.

El fenómeno de la contratación pública socialmente responsable ha servido de estímulo también a los operadores locales y son numerosos los acuerdos de Ayuntamientos y Diputaciones adoptados con la finalidad de incorporan valor social y medioambiental a sus relaciones contractuales, valgan como ejemplo, y sin ánimo agotador, la mención de la Norma Foral 11/2014, de 29 de octubre, de incorporación de cláusulas contractuales relativas a la compra pública socialmente responsable en la contratación del sector público foral; la Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal; las directrices sobre contratación pública responsable del ayuntamiento de Sevilla; la instrucción para la implantación de la contratación pública sostenible en el ayuntamiento de Gijón/Xixón y sus organismos autónomos; la Instrucción para la contratación socialmente responsable y mediambientalmente sostenible en el Consell Insular de Menorca; la Instrucción sobre inclusión de cláusulas sociales, ambientales, lingüísticas, para la igualdad de mujeres y hombres y derivadas de otras políticas públicas en la contratación del Ayuntamiento de Galdakao y, por último, la Instrucción reguladora relativa a la inclusión en los pliegos de cláusulas de criterios

13 El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia 1154/2016 de 23 Mayo de 2016, Rec. 1383/2015, ya se había pronunciado sobre la naturaleza, normativa, de este tipo de Instrucciones y sobre la competencia para la inclusión de las cláusulas sociales en los pliegos de la contratación pública.

de adjudicación sociales y medioambientales aprobados por el Ayuntamiento de Toledo en sesión de 26 de junio de 2013.

A pesar de la variedad de normas, acuerdos, instrucciones, directrices que están sirviendo para ejecutar el proceso de implantación de la denominada contratación pública socialmente responsable, este acervo normativo tiene un denominador común que puede resumirse en las siguientes reglas:

- - Se atribuye a los órganos de contratación la determinación de la procedencia de la inclusión de las diferentes cláusulas sociales en los procedimientos de contratación.
- - La inclusión de las cláusulas, como no podía ser de otra manera, se vincula directamente al objeto, la necesidad y la finalidad perseguida, siendo éstos, también, los elementos que determinarán la fase del procedimiento en la que se aplicarán las mismas. Las cláusulas podrán incorporarse en la fase de preparación, en la fase de adjudicación y en la de ejecución del contrato, todo ello de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos del sector público.
- - Las cláusulas previstas en los acuerdos, instrucciones, directrices no constituyen un *numerus clausus* y son, únicamente, un marco de referencia para que los órganos de contratación incluyan cualesquiera otras cláusulas similares no contempladas en la misma, siempre que su exigencia se efectúe de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos del sector público y en la propia instrucción.
- - La incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos incluidos en su ámbito de aplicación debe respetar los principios rectores de la normativa de la Unión Europea sobre contratación pública (principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre licitadores) debiendo existir, en todo caso, vinculación entre la cláusula social, o el criterio medioambiental, y el objeto del contrato.
- - Los acuerdos, instrucciones, directrices, pretenden que la Contratación Pública Socialmente Responsable no sea una mera declaración de intenciones y articula el seguimiento y control de su efectividad atribuyendo facultades e imponiendo obligaciones a la propia Administración regional y a los actores inmediatos de la relación contractual, como después veremos.

### *1.2. LA TRANSVERSALIDAD DEL VALOR SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.*

Como ya se ha dicho la exigencia legal dirigida a imponer la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales, de género, de innovación, en la contratación pública exige una decidida apuesta por su incorporación en cualesquiera fases de su desarrollo, esa es la pretensión de la Ley 9/2017 cuando declara su transversalidad en el artículo 1.3. Clarividente resulta la exposición de motivos de este cuerpo legal cuando señala, en su apartado III, que “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Esa es también la pretensión del denominado Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable, guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal (la Ley 9/2017), así como impulsar su utilización de manera coordinada, para continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. El Plan declara como objetivo primordial, el de impulsar la contratación pública estratégica socialmente responsable, fomentando el uso por parte de los órganos de contratación de todas las medidas que prevé la Ley 9/2017 en esta materia, tanto en la redacción de los pliegos, como en la sustanciación del procedimiento de licitación, como en la fase de ejecución del contrato correspondiente.

La voluntad del Plan se explicita en el párrafo, in fine, del apartado 7.9 de la Orden, “en consecuencia los órganos de contratación en los procedimientos de contratación ..... deberán velar en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”.

La transversalidad del valor social de la contratación se explicita en la Disposición adicional cuadragésima séptima de la Ley 9/2017, que referida a los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, señala que “los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”, ello sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en las que habrán de tenerse en cuenta, como se expone a continuación, las cláusulas de esta naturaleza con esa misma vocación de incorporarlas siempre que sea posible.

Veamos ahora, en un tratamiento conjunto de la Ley 9/2017 y del Plan, las posibilidades de incorporar valor social a la contratación pública.

## **2. EL IMPACTO DE LAS EXIGENCIAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE GÉNERO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR**

En la LCSP es el art. 71 el que regula las Prohibiciones de contratar y señala que “No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Letra a), Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos..... contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores,.....delitos relativos a .....la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente....

- La letra b) del precepto establece “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia.....de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia

laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto”.

- Letra d), “No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito<sup>14</sup> de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 50 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres”.

- Letra e), “Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.....

- Apartado 2 del art. 71, letra c), “Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios”.

Por su parte el art. 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, regula los Motivos de exclusión y señala que “Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2<sup>15</sup>, es decir, las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

La motivación del precepto se encuentra en el Considerando 101 que otorga a “los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad...”.

El artículo 71 de la Ley 9/2017 (60.I. del TRLCSP), establece, por tanto, la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental. En el ámbito de la CPSR nos interesa destacar tres cuestiones concretas:

14 El art. 71.1.d) señala que “la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

15 Ese apartado del precepto imponen a los Estados Miembros la obligación, tomarán dice la norma, de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen con esas obligaciones.

a) La referencia a la discriminación de las personas con discapacidad como causa de prohibición de contratar. El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tipifica en el artículo 15.3, como infracción grave: “3. El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”. Esa reserva implica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”.<sup>16</sup>

b) También están incursas en prohibiciones de contratar las personas físicas o jurídicas que cometan infracciones muy graves en materia de igualdad de mujeres y hombres, y a ese efecto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de su Disposición adicional decimocuarta modificó el Real Decreto Legislativo 5/2000 tipificando como tales las siguientes:

- La no elaboración de Planes de Igualdad cuando haya obligación de hacerlo o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en ellos conforme al Estatuto de los trabajadores (y trabajadoras) o el convenio colectivo legalmente aplicable.
- La adopción de decisiones unilaterales de la empresa que resulten, directa o indirectamente, discriminatorias por razón de sexo.
- El acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo, e incluso por no haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

c) En tercer lugar conviene recordar, que también estar incursos en prohibición de contratar quienes infringen la legislación medioambiental. El art. 71 de la Ley 9/2017, que ha sustituido la relación de las principales leyes medioambientales por una referencia genérica y omnicomprendiva “a la normativa vigente” en esta materia.

La operatividad de estas prohibiciones de contratar queda mermada por la necesidad de obtener resoluciones firmes que sancionen las infracciones a las que nos hemos referido, de manera que la impugnación de las mismas en vía administrativa y, eventualmente en la judicial, impedirá la aplicación inmediata de la prohibición de contratar por parte del órgano de contratación actuante.

A ello se añade la imposibilidad de que sea el órgano de contratación el que determine, de oficio, la duración de la prohibición de contratar que vendrá fijada en la sentencia o en la

---

16 El cómputo mencionado se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

Esa misma obligación se establecía ya en el artículo 38.1. de la Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos.

resolución administrativa. De no ser así la competencia es atribuida al Ministro de Hacienda y Función Pública<sup>17</sup>, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Conviene recordar, para concluir esta cuestión que estas prohibiciones producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la resolución administrativa o la sentencia, en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición, en el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.<sup>18</sup>

El Plan ha reforzado las exigencias de la ley e impone a los órganos de contratación que en los pliegos correspondientes a procedimientos distintos del procedimiento abierto simplificado, y en la declaración responsable ajustada al modelo de documento europeo único de contratación exijan a los candidatos o licitadores la declaración de que no se encuentran incurso en las prohibiciones de contratar a que se refiere el artículo 71.1.d) y el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, que afecta a las personas físicas o jurídicas que hubiesen sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia laboral o social.

Obviamente los pliegos indicarán a los candidatos o licitadores que el órgano de contratación rechazará aquéllas ofertas que no cumplan las obligaciones aplicables en materia social o laboral.

### 3. LA INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES EN LA FASE DE PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS: LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

La primera ocasión para integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de definir el objeto del contrato, el Plan que analizamos señala que “Los órganos de contratación definirán en los pliegos el objeto del contrato teniendo en cuenta las consideracio-

<sup>17</sup> El art. 72.3 de la Ley 9/2017 atribuye “La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior y cuando no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada.

A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron.

En los supuestos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior referido a casos en que se hubiera incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, y en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 71, la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación.

<sup>18</sup> El art. 61.bis.2. impone la obligación de inscribir todas las prohibiciones de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado. A ese efecto “Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo”.

nes sociales...”, eligiendo con ello las obras, los materiales, productos o servicios teniendo en cuenta “el impacto social o laboral de dichos materiales, productos o servicios, la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas, en los términos establecidos en el artículo 125.1, letras a) y b), de la Ley 9/2017”.

Tal y como señala la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (15 de octubre de 2001), “La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta “¿qué deseo construir o comprar como Administración pública? En esta fase los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales”.

Si repasamos las previsiones de la derogada Ley de Contratos del Sector Público veremos que hay pocas referencias a la inclusión de cláusulas sociales en la definición del objeto del contrato, partiendo de la posibilidad, amparada en el artículo 25.1<sup>19</sup>, de incluir en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, el art. 86.1 señalaba que “el objeto de los contratos deberá ser determinado” y el art. 22.1 exigía a los entes, organismos y entidades del sector público celebrar únicamente los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, debiendo determinar con precisión “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas”, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

El artículo 116<sup>20</sup> del TRLCSP señalaba que corresponde al órgano de contratación aprobar, con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley.

Acorde con el carácter imperativo que la nueva ley ha querido dar a la inclusión de los criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, el artículo 35 (Contenido mínimo del contrato) de la ley 9/2017, establece que “Los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

c) Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación”.

El artículo 99 de la LCSP, intitulado el Objeto del contrato, señala que deberá ser determinado y se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se

<sup>19</sup> El art. 34 del proyecto de LCSP se pronuncia en términos idénticos y señala que “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

<sup>20</sup> Nada nuevo aporta, a nuestros efectos, el artículo 124 del proyecto de LCSP, y dispone que “El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que “pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

Sin duda alguna la elaboración de la documentación contractual, en particular los pliegos de prescripciones técnicas, es el momento más adecuado, en la fase de preparación del contrato, para definir las condiciones sociales y ambientales de su objeto, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley. Esa definición la llevará a cabo por el órgano de contratación con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación.<sup>21</sup>

Desarrollando la voluntad legal el art. 126 de la Ley 9/2017 distingue e insiste en esta cuestión, estableciendo unas reglas generales y otras más específicas para que esas exigencias sociales, medioambientales o de género no falseen la competencia o vulneren los principios generales de la contratación pública. Así, se dispone que:

- Las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.
- Las prescripciones técnicas, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este, podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios.
- Cuando el objeto del contrato esté destinado a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

– Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Este es el momento adecuado, por tanto, para definir las prescripciones técnicas del contrato “teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de

<sup>21</sup> Ha de tenerse en cuenta que, según dispone el artículo 124, esos Pliegos de prescripciones técnicas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

El Plan contempla con esa finalidad la posibilidad de que en los contratos de obras, de suministro o de servicios, se tengan en cuenta las especificaciones técnicas<sup>22</sup> en las que se definan las características requeridas de un material, producto o servicio, incluido el impacto social o laboral de dichos materiales, productos o servicios, la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas, en los términos establecidos en el artículo 125.1, letras a) y b) de la Ley 9/2017.

#### **4. EL IMPACTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL PARA CONTRATAR**

Como ya se sabe la legislación de contratos públicos exige la solvencia técnica o profesional como un requisito necesario que deben poseer las empresas para ser admitidas en el procedimiento de licitación y que tiene como finalidad la de garantizar una adecuada ejecución posterior de la prestación contractual.

Se puede exigir, por ello, que las empresas licitadoras acrediten una experiencia, formación y trayectoria en materia social o ambiental, que pueda constituir un criterio de solvencia técnica que determine su admisión o exclusión en el procedimiento de licitación pública. Una vez más conviene recordar que, no obstante, no sería admisible exigir en los contratos públicos una solvencia técnica, basada en criterios o exigencias sociales o ambientales, con independencia de sus características y contenido de las prestaciones, esa posible desvinculación del objeto contractual podría constituir una clara vulneración de los principios generales de la contratación, de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Es por ello necesario circunscribir estas exigencias de solvencia social o ambiental a contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter social, asistencial o medioambiental, en los que dicha capacitación o experiencia resulte fundamental para la correcta prestación contractual y siempre que esa exigencia de solvencia sea proporcionada y justificada conforme a la naturaleza, el objeto y el contenido del contrato.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea del año 2001<sup>23</sup> hace referencia a la “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores” y señala que “Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos”.

La nueva Ley 9/2017 contiene pocas previsiones al respecto. Su exposición de motivos señala que “En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente”. La regla que desarrolla esta motivación se encuentra en el artículo 94, que “en los contratos sujetos a una

<sup>22</sup> La misma orden señala que las prescripciones técnicas pueden referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

<sup>23</sup> Véase el epígrafe 1.3.2. “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores” de la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea del año 2001, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados”. Completa el régimen jurídico un segundo apartado que impone a los órganos de contratación la obligación de reconocer “los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable”.

El TRLCSP exigía la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de obra por importe inferior a 500.000 euros, y en los demás contratos, imponiendo la obligación de indicar en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato los requisitos específicos de solvencia exigidos, atendiendo a la naturaleza, objeto y valor estimado del contrato. Correspondía, por tanto, al órgano de contratación, tal y como señalaba el art. 62.1. del TRLCSP, la elección de medios de prueba que la legislación regulaba con esa finalidad en los artículos 76 a 79: trabajos realizados en los últimos años; personal técnico del que se dispone para la ejecución; descripción de instalaciones técnicas; titulaciones académicas del empresario, de los directivos y responsables del contrato; certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad; declaración sobre la plantilla media anual de la empresa, etc.

La solicitud de certificaciones ambientales, aparecían reguladas en el artículo 81 del TRLCSP (Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental), que facultaba a los *órganos de contratación para exigir, “en los contratos sujetos a una regulación armonizada, la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación”*.

Más allá de estas previsiones generales, para los contratos de obra y servicios en el artículo 76.d) y 78.f) del TRLCSP, se hacía referencia a la posibilidad, en los casos adecuados, de “indicar las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato”.

Este régimen jurídico se mantiene con la nueva ley y “la solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley”. El artículo 86 permite, no obstante, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, que el órgano de contratación admita de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91. Incluso, cuando por una razón válida el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

El Plan estatal para el impulso de la contratación pública socialmente responsable contiene también pocas previsiones en lo que a la determinación de la solvencia técnica o profesional se refiere y desarrolla el artículo 90 de la LCSP señalando que “Cuando el objeto del contrato requiera de aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.3 de la Ley 9/2017”.

Con una clara intención el Plan libera de la obligación de constituir la garantía definitiva, circunstancia que habrá de indicarse por los órganos de contratación en los pliegos correspondientes a licitaciones de contratos de suministros y de servicios, a los licitadores que resulten propuestos adjudicatarios de aquéllos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, salvo excepciones que habrán de justificar convenientemente en el expediente; todo ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 9/2017.

## **5. INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN**

El artículo 150 del TRLCSP habilitaba al órgano de contratación para considerar criterios de adjudicación de carácter social en el proceso de selección de la empresa contratista. Así establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como, entre otros, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

La Ley 9/2017 ha mejorado el marco jurídico de los criterios sociales o medioambientales como criterios de adjudicación. Su regulación, ahora más completa y clara, se encuentra en el artículo 145 (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato), que contiene una relación de criterios sociales y medioambientales que, vinculados al objeto del contrato, deben ser valorados en la adjudicación del mismo. Señala el precepto que “1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Señala el precepto que esa mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

La ley impone la utilización de varios criterios, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras:

- a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero;
- al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato;
- y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades:

- al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social;
- la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción;
- los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres;
- el fomento de la contratación femenina;
- la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales;
- la estabilidad en el empleo;
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato;
- la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo;
- la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual;
- los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Esta cuestión ha sido especialmente conflictiva y con relativa frecuencia hemos estudiado planteamientos contrarios a la inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación, esta fue la tesis, por ejemplo del Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

A nuestro juicio el estado actual de la cuestión permite justificar la obligación y no facultad de incluir, a criterio del órgano de contratación y ajustándose a las reglas generales que ya hemos expuesto, cláusulas sociales como criterios de adjudicación. El artículo 1.3<sup>24</sup> de la nueva LCSP no deja lugar a dudas acerca del carácter imperativo de esa inclusión de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública.

24 Ese carácter imperativo se deduce sin esfuerzo interpretativo alguno de la redacción del precepto. En él se dispone que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

La previsión legal que impone la inclusión de criterios sociales cuenta con el respaldo del propio TS. Como ha señalado el Tribunal, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en Sentencia de 17 de julio de 2012, recurso 5377/2009<sup>25</sup>, en un supuesto en el que valoró la introducción de un criterio de adjudicación relacionado con la igualdad de mujeres y hombres, “los preceptos referidos, deben ser interpretados literal y teleológicamente, por ello en el ámbito contractual administrativo, carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución. Lo que se pretende es primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres.

En consecuencia se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales.

La tesis del recurso comportaría admitir una contradicción... la posibilidad de aplicar las medidas de igualdad tan sólo a que las establecieran como medidas de ejecución del contrato... Esa contradicción resulta inadmisibles y la forma de eludirla es interpretar ese artículo 32 de la LOI en estos términos: que la aplicación de medidas de igualdad como condición de ejecución es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas y no la única”.

La ley 9/2017 ha simplificado los criterios de desempate y ha establecido un claro orden de prelación entre las proposiciones que puedan empatar con la más ventajosa tras la valoración de los diferentes criterios de adjudicación.

El artículo 147 de este cuerpo legal establece los siguientes criterios de desempate en la adjudicación de los contratos:

“2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

Como regla de cierre del modelo, y en el mismo sentido apuntado por la LCSP, el Plan Estatal recuerda la necesidad de formular los criterios de adjudicación incorporando consideraciones cualitativas que incluyan alguna o algunas de las características sociales del contrato que se refieren a las siguientes finalidades: “el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen

<sup>25</sup> El recurso lo interpuso la Confederación Nacional de la Construcción por considerar que era improcedente la inclusión de un criterio de adjudicación denominado «de igualdad», que otorgaba hasta un máximo de 5 puntos -sobre un total de 100- al licitador con mayor porcentaje de personal femenino fijo en la plantilla. El TSJ de Extremadura consideró ajustado a derecho ese criterio y la Confederación recurrió en casación que fue desestimada por el Supremo.

en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

## **6. INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES EN LA FASE DE EJECUCIÓN**

Como ya se ha dicho también se pueden incorporar cláusulas sociales en la fase de ejecución del contrato.

Cuando se establecen las exigencias sociales como condiciones especiales de ejecución se traducen en la imposición de una serie de obligaciones que todos los licitadores asumen y aceptan por el simple hecho de presentar su propuesta, y que luego el adjudicatario deberá cumplir preceptivamente al realizar la prestación contractual.

El acuerdo noveno del Plan impone a los órganos de contratación la obligación de incorporar en los pliegos al menos una de las condiciones especiales de ejecución de las listadas en el artículo 202.2 de la Ley 9/2017, que podrán ser calificadas como obligaciones esenciales, de manera que su incumplimiento pueda convertirse en causa de resolución del contrato.

De lo expuesto se deduce que resulta compatible la inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación y, además, como condiciones especiales de ejecución. Sin duda alguna la finalidad social de las cláusulas se asegura si se configuran como condiciones especiales de ejecución, que deberán ser cumplidas por cualesquiera de los licitadores que finalmente resulte adjudicatario del contrato. Si se articulan como criterios de adjudicación el licitador después adjudicatario podría no obtener valoración por el cumplimiento de las cláusulas sociales y, aun así, resultar adjudicatario del contrato por la puntuación obtenida mediante otros criterios. En este caso la finalidad social del contrato se vería frustrada.

# La economía circular: hacia el completo desarrollo del crecimiento sostenible en la Unión Europea

Carlos Francisco Molina del Pozo<sup>1,2</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.07](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.07)

La política medioambiental de la Unión se encuentra amparada en los Tratados constitutivos<sup>34</sup> como elemento fundamental para la consecución de los objetivos fijados por ésta desde su creación. Así es, y en virtud de su margen competencial de carácter exclusivo, la Unión Europea se encuentra en la actualidad inmersa en un proceso de absoluto desarrollo, con la consecuente evolución natural motivada por los cambios sociales, demográficos y en materia de globalización, de estas políticas de tanta importancia para el desarrollo futuro de la humanidad.<sup>5</sup> La citada pretensión encaminada como decíamos, a un desarrollo absoluto de la política de medioambiente, y más concretamente del desarrollo sostenible a partir del instrumento llamado, economía circular, no parte de un espíritu novedoso y es que, la política de medioambiente de la UE tiene una vigencia de más de tres décadas. Si bien es cierto, que inicialmente, en la constitución de dicha organización supranacional, la materia medioambiental no fue incluida entre las competencias que serían objeto de desarrollo por parte de las entonces Comunidades Europeas, en la actualidad si forma parte del conjunto de materias y objetivos de la UE.

La materia ambiental, en los primeros años de vida de las Comunidades, no había sido objeto de regulación y es que no era previsible en aquel momento la existencia de problemas de esta índole en los Tratados fundacionales y, por tanto, no había sido necesaria la creación de instrumentos que lo regulasen, dada incluso, la inexistencia conceptual de la referida materia ambiental. Es a partir del progresivo deterioro del entorno evidenciado por todos en los años posteriores, unido a la constatación de la necesaria regulación de los aspectos ambientales para el correcto proceso de integración y de puesta en marcha del Mercado Común, sobre todo

---

1 Catedrático de Derecho Administrativo y Catedrático Jean Monnet “Ad Personam” de Derecho de la Unión Europea Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

2 El autor quiere dejar constancia de su agradecimiento a Virginia Saldaña Ortega, Coral Villacañas Jorge y Sara Nacarino Moreno, colaboradoras de su Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho de la Unión Europea, por su inestimable apoyo en la preparación del presente trabajo.

3 MOLINA DEL POZO, C. F. Derecho de la Unión Europea. 3ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2019; MOLINA DEL POZO, C.F. Tratado de Derecho de la Unión Europea. Lisboa-Curitiba, Jurúa Editorial, 2015, volumen 4.

4 MOLINA DEL POZO, C.F. Tratado de Derecho de la Unión Europea. Lisboa-Curitiba: Jurúa Editorial, 2015, volumen 4.

5 Véanse artículos 11, 191 y 183 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

después de celebrada la Conferencia de Estocolmo en 1972, cuando se ve necesaria la regulación de esta materia de manera profunda a nivel comunitario.

A consecuencia de la situación que detallamos, las Instituciones Comunitarias procuraron el inicio de la producción normativa a partir del cumplimiento de dos requisitos formales previos al comienzo de dicha labor y es que, sin ánimo de extendernos en materia de subsidiariedad – que ya hemos tenido ocasión de tratar en otro momento – la cuestión acerca de la competencia en medio ambiente ha suscitado grandes debates y controversias por parte de la doctrina al inicio de esta andadura.

Uno de los requisitos que debía ser cumplimentado por la Comunidad era la justificada intervención de sus Instituciones en este campo entendiéndose más idónea la actuación de instancias supranacionales en la materia para la consecución de buenos resultados<sup>6</sup> y, efectivamente, de no darse la situación se podría producir una disparidad legislativa entre los ordenamientos nacionales peligrando entonces, el mercado de libre competencia.

El segundo requisito que debía ser objeto de defensa por parte de la Comunidad para su actuación en el sector material era una necesaria justificación de la atribución competencial con fin de aportar legitimación de sus acciones en virtud del viejo artículo 235 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, bajo la necesidad de consecución de los objetivos<sup>7</sup>.

En otro orden de cosas, y sin ánimo de detenernos en este punto, pues no consideramos sea objeto de trabajo pero sí fundamental para comprender la posterior evolución de la política de medio ambiente, la economía circular y el desarrollo sostenible, es menester hacer mención del papel fundamental que tuvo en este periodo de incertidumbre competencial el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que, una vez más, fue pieza fundamental para la aclaración de las dudas surgidas al respecto de la interpretación de los Tratados, de los repartos competenciales y del principio de subsidiariedad.

Efectivamente, por medio de la Sentencia TJCE de 7 de febrero de 1985<sup>8</sup> comenzó a desarrollarse una línea jurisprudencial clara por la que se estableció como la protección del medio ambiente constituía uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, motivo por el cual la producción legislativa comunitaria era necesaria, y así se plasmó a través del refrendo constitucional que tuvo su exponente en el Acta Única Europea<sup>10</sup>.

En efecto, si echamos la vista atrás treinta años, podremos constatar que los problemas medioambientales no eran percibidos por la ciudadanía, los Estados miembros y las Instituciones como algo tangible y verdaderamente preocupante, hecho éste que motivaba la escasa entidad y atención que se prestaba a las cuestiones medioambientales en aquel momento, unido a una mentalidad generalmente más conservadora que dejaba poco paso a la progresión en materias consideradas tan sensibles hoy día. Por ello, las medidas tomadas en la materia carecían de interés, eran escasas y desde luego, no alteraban el buen funcionamiento y evolución del Mercado Común. El paso de las décadas trajo consigo un cambio de mentalidad, que después analizaremos, probablemente fruto del ahora sí, crecimiento de problemas cuantificables y de

6 Véase Preámbulo del Tratado de Roma, La Comunidad fija como uno de sus fines esenciales “La constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos”.

7 MOLINA DEL POZO, C.F., Subsidiariedad y Medio Ambiente en la Unión Europea, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Ponencia presentada en el “ IV Congreso Nacional de la Asociación de Derecho Ambiental Español” (ADAME), Alicante, 17 y 18 de diciembre de 1993. [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6059/Subsidiariedad\\_Molina\\_AFDUA\\_1994\\_1995.PDF?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6059/Subsidiariedad_Molina_AFDUA_1994_1995.PDF?sequence=1&isAllowed=y)

8 Asunto 240/83

9 Véase también, STJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 302/86.

10 Inclusión a través del Título VII sobre “Medio Ambiente”.

gran importancia, siendo entonces necesario un cambio en las políticas, y generando todo un compendio de normativa y programación, que intentaremos detallar a lo largo de estas líneas.

En la actualidad nos encontramos ante una de las principales políticas de intervención en el contexto de la UE, así como una de las insignias fundamentales de cara al exterior, en virtud de la innovadora y valiente puesta en marcha de medidas que, de algún modo, son la razón del presente estudio y, más concretamente, de nuestro manifiesto interés por el desarrollo de la economía circular.

Parece del todo razonable afirmar en este momento, que la primigenia idea obtenida a cerca de la economía, de carácter lineal asentada bajo la máxima fundamental “*Tomar, Hacer, Tirar*”, a partir de la utilización de grandes cantidades de materiales y energía de fácil acceso, con medios económicamente más competitivos para deshacerse de lo que ya no resulta de interés, representa una forma de economía que no es en absoluto sostenible y cuyo margen de supervivencia está puesto en entredicho.

En este mismo orden de ideas, surge la necesidad de dar respuesta a la siguiente cuestión ¿Qué se entiende en la actualidad por economía circular? Pese a los muchos intentos por realizar una conceptualización del término, no se ha llevado a cabo una definición exacta hasta la redacción del artículo 4 de la Directiva 2008/98/CE por la que, en aras a la necesidad por parte de la Unión Europea de armonizar los elementos relacionados con esta materia, ofreció una definición sobre el término “economía circular” en virtud del cual, se trata de “[...] el mantenimiento del valor de los productos, materiales y recursos en la economía durante el mayor tiempo posible y la minimización de los residuos [...]”<sup>11</sup>.

Podemos, por tanto, afirmar que, se trata de una alternativa al modelo económico de carácter lineal – definido en párrafos anteriores –, cuya característica fundamental es la viabilidad de la producción a partir de la reconstrucción y regeneración por diseño. Ello, con la pretensión fundamental de lograr el mantenimiento de los productos, componentes y materiales a los mayores niveles posibles a partir, claro está, de un ciclo de desarrollo continuado y positivo.

De esta manera, a partir de una economía de círculo cerrado, sería accesible la optimización de recursos, el aumento de los capitales naturales, la minimización de los riesgos del sistema, la gestión de los stocks finitos, la gestión de los flujos renovables siendo, en consecuencia, la manera más eficaz de gestión económica a cualquier escala<sup>12</sup>.

El funcionamiento de dicho sistema se encuentra amparado a partir del desarrollo de tres principios fundamentales para su evolución y viabilidad<sup>13</sup>, sostenidos por MACARTHUR, siendo el primero de ellos la preservación y aumento del capital natural a partir de un control de las reservas finitas y del equilibrio de los recursos renovables. Para el cumplimiento de este primer requisito se deben seleccionar los recursos de forma sensata y utilizando los procesos que generan mayor rendimiento a partir de la utilización, como no, de recursos renovables además de una inyección a los flujos de nutrientes que establezcan condiciones suficientes para la regeneración – del suelo, por ejemplo –.

El segundo gran principio sobre el que se asienta la estructura de la economía de círculo cerrado, es la optimización de los rendimientos de los recursos a partir de la distribución de los productos, componentes y materiales en su grado máximo en cuanto a utilidad en ciclos

---

11 Véase Propuesta Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, del 24 de mayo de 2018, Bruselas, COM (2018) 353 Final. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0353&from=ES>

12 MACARTHUR. E., *Hacia una economía circular; motivos económicos para una transición acelerada*. Ellen Macarthur Foundation, Pág. 1. <https://gpa.dip-caceres.es/wp-content/uploads/sites/4/2017/09/INFORME-MAC-ARTHUR.pdf>

13 *Ibidem*, Pág. 2

técnicos y biológicos. Para ello, se considera precisa la reelaboración, renovación y el reciclado de los materiales, con el fin de procurar el mantenimiento de éstos y de sus componentes en el ciclo económico, contribuyendo de esta manera, a la consecución circular, característica de este tipo de economía.

Por último, se considera necesaria una promoción de la efectividad del sistema, a partir de la realización de patentes y la eliminación de los factores externos negativos – tales como los daños generados en sistemas de alimentación, el mal uso del suelo o la contaminación acústica –.

Debemos desmentir a continuación, una idea aceptada con carácter general por la sociedad al respecto de la novedad y genuinidad que presenta la definición de economía circular, nacido en los últimos años y generador de un concepto económico y social sin precedentes. Y es que, afirmar tal cuestión sería faltar a la verdad, pues estos conceptos aparecieron con gran certeza y desarrollo a partir de la investigación de autores como PEARCE Y TURNER<sup>14</sup> O WALTER R STAHEL<sup>15</sup>, quienes detallaron un modelo de negocio basado en la economía circular y que afirmaban las innumerables ventajas de dichos sistemas para el panorama global, social y económico.

La necesidad de desarrollo científico, por parte de dichos autores, surge sin lugar a dudas a partir de un hito fundamental en la materia, como fue el informe presentado por el Club de Roma en el año 1972 cuya rubrica versaba “Los límites del crecimiento” que planeaba como objetivo, alertar del agotamiento de los recursos naturales y de la contaminación inminente a escala mundial y como un mantenimiento de las costumbres de la humanidad a partir de una misma línea de producción y explotación de los recursos, desencadenaría inevitablemente la deriva catastrófica.

Otro de los acontecimientos decisivos, germinadores de la política ambiental de hoy día, y fieles defensores de la economía circular fue la Cumbre de París de 1972<sup>16</sup>, que tuvo, si cabe, mas relevancia que la acontecida en La Haya en el año 1969 al ser el escenario propicio para la consagración de un ideal común. Si bien lo recogido en dicha cumbre no es en exceso novedoso, pues eran temas que ya fueron tratados en cumbres anteriores, la de París, plantea, por primera vez, la necesidad por parte de los asistentes y participantes en la Cumbre y, por ende, de los países representados en ella, de no obstaculizar el desarrollo de la materia y no impedir la correcta evolución del sector medioambiental.

A partir de los hitos mundiales mencionados con anterioridad, la Unión Europea creyó necesario afrontar esta etapa de conformidad con los nuevos intereses vinculados al cambio climático y al medio ambiente, de conformidad con el pensamiento generado en el mundo al respecto de ello. La política comunitaria en materia medio ambiental se caracteriza por concretarse como uno de los objetivos fundamentales del proceso de integración, por lo que se va perfeccionando y desarrollando todo un entramado jurídico con el firme objetivo de hacer realidad, la hasta entonces utopía relacionada con el desarrollo sostenible.

En efecto, cabe mencionar como primeros pasos hacia la consecución de tales objetivos, la aprobación y puesta en marcha del Primer Programa de Acción Ambiental de 1973, o también, el Segundo Programa de Acción Ambiental de 1977, ambos centrados en las medidas de lucha contra la contaminación y el desarrollo de instrumentos capaces de evitar daños al medio ambiente por una mala utilización de los recursos, siendo este probablemente el origen de la posterior necesidad de abogar por una economía circular.

---

14 PEARCE. D.W. Y TURNER, R.K. Economía de los recursos naturales y del medio ambiente. Colegio de Economistas de Madrid y Celeste Ediciones, Madrid, 1995

15 STAHEL, W. R. The Performance Economy, Palgrave Macmillan, 2006.

16 Véase documento completo, file:///Users/mac/Downloads/RIE\_001\_001\_491.pdf

El Tercer Programa Ambiental de la Comunidad Europea, del año 1982 es objeto de una nueva visión, incluyendo dicho programa medidas de carácter preventivo<sup>17</sup>, sin embargo, es a partir del Cuarto Programa – año 1987 – cuando se alcanza mayor madurez en la materia, elaborando un replanteamiento de orientaciones a partir de una estrategia global preventiva y, poniendo especial intención en el desarrollo de medidas de información, evolución e investigación, de manera que un planteamiento inicialmente reconstructivo evoluciona hacia la necesidad de evitar los daños a partir de un conocimiento más amplio de las consecuencias nefastas que tiene una mala actuación para el medio ambiente, es decir, un planteamiento de carácter preventivo.

Del contenido de los cuatro primeros Programas, podemos afirmar como el enfoque utilizado para la consecución de los objetivos se caracteriza por procurar un tratamiento compartimentado en virtud del cual, el sector medioambiental no tiene posibilidad de interacción con el resto de las políticas de la Unión, al no entenderse en este periodo como dicho sector se encuentra relacionado, directa o indirectamente, con el resto de las políticas de la UE.

No es hasta la elaboración del Quinto Programa de Acción Ambiental, en el año 1987, cuando se produce un desarrollo de actuación basado en un régimen de horizontalidad y transversalidad, siendo objetivo central ya el desarrollo de carácter sostenible<sup>18</sup> y siendo esta máxima ya, palpable por el resto de las políticas y objetivos desarrollados por los Tratados constitutivos. El principio de subsidiariedad entra en juego en este Quinto Programa con el establecimiento de un concepto más amplio de responsabilidad compartida a partir de la cual, como ya advertíamos, se produce una auténtica interacción mixta de los actores e instrumentos a todos los niveles.

Es el Sexto Programa, del año 2001, una vez asentadas las bases principales sobre las que elaborar un instrumento normativo veraz y eficiente, el encargado de ofrecer un profundo análisis y elaboración de la conceptualización. A partir de este momento, se aprueba la primera gran norma comunitaria, que merece nuestra atención. Nos referimos a la Directiva 2008/98/CE, encargada de orientar hacia los objetivos de la política de residuos, concretamente apuntando hacia la finalidad de transformar la sociedad europea en aquella capaz de evitar la generación de residuos y la utilización de estos como recuso alternativo. Esta fue, la primera de muchas normas que, bajo la forma de directivas o reglamentos, articularon todo un entramado jurídico sobre el que se asienta hoy día todo el complejo normativo de la política medio ambiental y la economía circular<sup>19</sup>.

Para finalizar el análisis de los Programas elaborados hasta el momento por la actual Unión Europea, debemos citar el Séptimo Programa Ambiental – aun en vigor –, cuyos planteamientos han sido íntimamente ligados a los objetivos marcados por el Horizonte 2020 y que se

---

17 Dando lugar, con posterioridad a la Directiva 85/337/CEE, del Consejo de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

18 Véase a este respecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998 – Colaboración para la integración - Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea [COM (1998) 333]

19 A este respecto cabe destacar entre otras; Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa; Directiva 2004/107/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aire ambiente; Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental; Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE; Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas; Directiva 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y por la que se deroga la Directiva 91/157/CEE.

engloba bajo la rúbrica “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta”, siendo evidente que se trata de una absoluta declaración de intenciones para el periodo comprendido entre 2013 a 2020, planteándose como instrumento fundamental y buque insignia del plan, el desarrollo de la economía circular<sup>20</sup>.

Mención especial merece el Plan de Acción de la Unión Europea<sup>22</sup> que, en virtud de su carácter atípico (acto “sui generis” no obligatorio) en cuanto fuente de derecho de la Unión, planea una serie de ideas con carácter divulgativo, y ofrecen una invitación al debate con el resto de Las instituciones a fin de generar un mayor número de intereses y visiones de la materia, con el crecimiento estructural y normativo que ello podría implicar. Se trata de un ambicioso paquete de 54 medidas, encaminadas a lograr el impulso de la competitividad, la creación de empleo y la generación de un crecimiento sostenible.<sup>23</sup> Tales medidas, han sido estudiadas a fondo años después, afirmando como la Unión ha sido capaz de posicionarse como sujeto precursor del cambio mundial y ejemplo para el desarrollo del cambio sostenible<sup>24</sup>.

Las alentadoras palabras del Vicepresidente de la Comisión Europea Jyrki Katainen<sup>25</sup>, evidencian una clara evolución de la política fruto de un esfuerzo incansable de la Unión y, de manera muy decisiva, a partir del desarrollo del Plan de Acción de la Unión Europea, cuyas 54 medidas han sido desarrolladas o se encuentran en la fase final de su particular desarrollo. Algunas de ellas tan destacables como la estrategia del plástico, con una visión clara en cuanto a objetivos cuantificados a escala de la UE, y cuya máxima fundamental no es otra que, alcanzar el desarrollo para 2030 de envases de plástico reutilizables, o la conversión de los residuos en recursos a partir de medidas reforzadas de prevención y gestión de residuos.

Sin embargo, la medida que merece nuestra atención en estos momentos es la relativa a la capacitación de los consumidores en virtud de la cual, se requiere de un compromiso por parte de los ciudadanos para el cambio de patrones de consumo. El reciente impulso dado por la UE, apostando por ir un paso más allá en el desarrollo de estas políticas no es baladí. Su motivación se encuentra en el aumento de interés por parte de la ciudadanía europea y su muestra de empatía con respecto a estas cuestiones. En efecto, dos tercios de los ciudadanos

20 Decisión (UE) 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020: Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta, disponible en <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>

21 Inmediatamente posterior a la aplicación de este plan, y mediante Decisión (UE) 1386/2013 de 20 de diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo, se aprueba el vigente Programa General de Medio Ambiente de la Unión Europea, con nuevos objetivos prioritarios.

22 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de diciembre de 2015, Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular, [COM (2015) 614 final], disponible en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7\\_01aa75ed71a1.0011.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7_01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF)

23 Comunicado de prensa de 2 de diciembre de 2015, Cerrar el círculo: La Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6203\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6203_es.htm)

24 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del Plan de Acción para la economía circular, del 4 de abril de 2019 [COM (2019) 190 Final], disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-190-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

25 “Este informe es muy alentador, al poner de manifiesto que Europa va por buen camino en la generación de inversiones, puestos de trabajo y nuevas empresas. El futuro potencial de crecimiento sostenible es enorme y Europa es, en efecto, el lugar más propicio para el crecimiento de una industria respetuosa con el medio ambiente. Este éxito es el resultado de la actuación conjunta de las partes interesadas y los responsables de la toma de decisiones en Europa”.

Europeos desean que la Unión afiance el compromiso con la protección del medio ambiente y se encuentran comprometidos de manera personal con el desarrollo de estas políticas<sup>26</sup>.

La capacitación de los consumidores es fundamental para el impulso de cualquier sector, materia o política. En el caso que planteamos debe ser fundamental el desarrollo de los métodos de huella ambiental, que, creados por la Comisión, representan hoy un factor determinante para que las empresas puedan ser comparables de manera fidedigna y a partir de afirmaciones ecológicas que permiten al ciudadano elegir la opción con conocimiento. Y es que, la economía circular debe partir de una concienciación ciudadana que genere una modificación de estilo individual y que, de ello nazca un cambio sociológico en virtud del cual se abandone por completo el método lineal y dañino para el medio ambiente pues, de acuerdo con la experta MIJATOVIC “No hay economía circular sin ciudadanos circulares”<sup>27</sup>.

Pese al interés bastante generalizado mostrado en torno a estos temas, tanto por parte de las Instituciones europeas, como de la ciudadanía e incluso de los Estados miembros, la pregunta que podemos plantearnos estriba en saber ¿cuáles son los límites actuales a los que se enfrenta la política de la economía circular en la Unión? A nivel técnico, conviene destacar algunos de los elementos problemáticos para esta estrategia y que fueron objeto de estudio por la Comisión<sup>28</sup>, como la falta de información respecto de las denominadas sustancias preocupantes en la recuperación de los residuos, siendo determinante para la solución de este primer límite, la investigación tecnológica y de estrategias que permitan llevar a cabo procedimientos de actuación capaces de detectar y restringir dichas sustancias.

Asimismo, debería afrontarse el problema de las llamadas sustancias heredadas – sustancias encontradas en los residuos que deberían ser prohibidas después de la producción –, afrontándose este problema a partir de un desarrollo metodológico que permita la toma de decisiones apoyadas en el reciclaje, atendiendo a la relación coste-beneficio del mismo en oposición a su eliminación.

Sin embargo, los límites evidentes a los que se enfrenta la economía circular en Europa atienden más a criterios estructurales de la propia organización supranacional que a los desarrollos técnicos, tenidos en cuenta en el párrafo anterior. El primero a detallar, - apreciado ya por la Comisión - es la falta de armonización de la regulación de aspectos básicos como la condición de residuo, o los criterios para la definición del mismo o las sustancias de carácter nocivo. Muestra de la carencia que evidenciamos aquí, se encuentra en la necesidad expresada por parte del TJUE<sup>29</sup>, de ofrecer un concepto real y armonizado de lo que implica un residuo para la Unión Europea, siendo éste un ejemplo de muchos presentes y futuros que vendrán, con motivo de una falta absoluta de coherencia entre los Ordenamientos Jurídicos nacionales y el Derecho de la Unión.

---

26 <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20160707STO36280/medio-ambiente-el-67-de-los-europeos-quiere-mas-intervencion-de-la-ue>

27 MIJATOVIC, S., Conferencia sobre Economía Circular: Un giro en el modelo productivo del 4 de abril de 2019.

28 Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del paquete sobre la economía circular; opciones para abordar la interfaz entre las legislaciones sobre sustancias químicas, sobre productos y sobre residuos. [COM/2018/032 final], disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018DC0032>

29 Véase STJUE de 28 de marzo de 2019 (Asunto C-60/18), por la que el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial respecto a la condición de residuo planteada por el Tribunal de Estonia. En pro de la consecución de un desarrollo sostenible a partir de una economía circular viable, y acorde a los considerandos 8 y 29 de la Directiva 2008/98/CE, la Comisión y los Estados miembros deberán adoptar criterios concretos para la finalización de la condición de residuo tras un proceso de valorización que resulte en un material no nocivo para la salud humana y el medio ambiente – Fundamento Jurídico 27 –.

El segundo límite de carácter estructural a tener en cuenta radica en las diferencias entre los propios Estados miembros en cuanto a su grado de implicación con el medio ambiente. Ciertamente, cabría pensar que los países del sur de Europa, acostumbrados con carácter general a ser los últimos en los aspectos relacionados con la innovación o la gestión de políticas de modernización o sostenibilidad, son los menos implicados con el medio ambiente y, efectivamente, esto fue así durante algún tiempo. La sensibilidad entre los países integrantes de la Unión en la década de los noventa era realmente distinta en materia ambiental entre los países del norte y del sur del Continente.

Con el inicio de la constatación del deterioro ambiental, que ya comenzaba a preocupar a los europeos de manera profunda, los países nórdicos poseían ya concepciones y tradiciones sociológicas y jurídicas más exigentes y respetuosas con el medio ambiente que las que sentían los países del sur o mediterráneos, los cuales, en la mayoría de los casos, no poseían una legislación de la materia de carácter nacional y previa a la actuación de la comunitaria.<sup>30</sup> Sin embargo, en la actualidad, puede sostenerse sin titubeos, que resultan ser países como España y Grecia los que muestran más interés y compromiso con la economía circular y el desarrollo sostenible.

Nuevamente, nos encontramos ante la imperiosa realidad que supone la existencia de dos Europas, si bien esta vez en virtud del grado de cooperación o colaboración de los Estados. La aplicación de la economía circular en la UE es una realidad, y funciona. Los veinte últimos años de aplicación de estas políticas han logrado la consecución, por parte de los Estados miembros, de mejoras en lo que se refiere a su gestión de residuos, lo que se traducen en la siguiente evolución porcentual: En el año 1995 se obtuvo una media de 64% de los residuos municipales que eran arrojados a los vertederos de los Estados miembros de la Unión. Esta cifra bajó ligeramente en el año 2000 hasta el 55% y no es hasta el año 2016, una vez superado el periodo de crisis económica cuando el índice medio de reciclado descendió y se mantuvo en el 24%.

Sin embargo, de una cifra ciertamente tranquilizadora, y según la Comisión<sup>31</sup>, nos enfrentamos con una verdad que entraña algunas luces y sombras. En efecto, algunos Estados y regiones, poseen unas tasas en torno al 80% mientras que otras no llegan al 5%, siendo evidente el absoluto desequilibrio que existe en esta materia, entre las distintas regiones de Europa. De hecho y a modo de muestra cabe afirmar que, diez Estados miembros todavía eliminaban en vertederos más del 50 % de sus residuos domésticos y seis de ellos incineraban el 40 % o más<sup>32</sup>.

La economía circular nacida en Europa dista mucho de la llevada a cabo en China<sup>33</sup>, y probablemente sea éste el principal motivo de las circunstancias de desigualdad que venimos describiendo. La economía circular china es el resultado directo de una estrategia de política nacional, de manera que es el propio Estado el que considera de interés y recibe el desarrollo de tales políticas. Sin embargo, el modelo europeo posee un enfoque invertido en el que, serán

30 MCLOUGHLIN, J.; FORSTER, M. J. *The Law and Practice relating of Pollution Control in the Member States of the European Communities: a comparative survey*. London: Graham & Trotman for the Commission of the European Communities, 1982.

31 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular, del 2 de diciembre de 2015 [COM(2015) 614 final], disponible en [https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/plandeaccioncomes\\_tcm30-425898.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/plandeaccioncomes_tcm30-425898.pdf)

32 Comunicado de prensa del 22 de mayo de 2018, Economía circular: Nuevas normas que situarán a la UE a la cabeza mundial de la gestión de residuos y el reciclado, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3846\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3846_es.htm).

33 GHISELLINI, P.; CIALANI, C.; ULGIATI, S. A review on circular economy: the expected transition to a balanced interplay of environmental and economic systems, *Journal of Cleaner Production*, n. 114, vol. 7, pp. 11-32, jan 2016.

la sociedad civil, las ONG<sup>34</sup> o las organizaciones de carácter ecologista, en pro de su posición como actores económicos externos, los causantes de las necesidades de cambio que impulsan a los propios Estados a mejorar. Y es por dicho motivo, por el que muchos Estados, no suficientemente concienciados con el objetivo, muestran claros desajustes en comparación con los Estados miembros que sí evidencian cierto grado de responsabilidad con la salud del planeta.

En base a todo lo relatado hasta este momento, es menester afirmar, como la economía circular ha conseguido posicionarse como una tendencia mundial irreversible y duradera, con objetivos firmes y realistas acordes con las circunstancias del momento. Pese a ello, aún queda mucho trabajo por llevar a cabo para conseguir intensificar la actuación mundial y, también, como no, de la Unión Europea, y ello con objeto de cerrar completamente el círculo económico y aprovechar las ventajas competitivas que aporta este tipo de cambio, siendo por este motivo por lo que se observa y asegura como algo conveniente, el hecho de dar solución a la siguiente cuestión: ¿Cómo apuesta la UE por la economía circular en la actualidad?. Puede decirse que, sin lugar a duda, el impulso más destacable y que da solución a la pregunta planteada, se describe a través de cifras y no de letras.

En efecto, la financiación de estas políticas encuentra su refugio en los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos<sup>35</sup>, que en la actualidad destina en torno a los 5500 millones de euros para la gestión de residuos; el Programa de Financiación de la Investigación e Innovación de la UE – Horizonte 2020 – que aporta 650 millones de euros, así como el Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas<sup>36</sup> que ha financiado los proyectos de reciclado Green Fiber International con 7,5 millones de euros, o la Plataforma de apoyo financiero a la economía circular, en sociedad con el Banco Europeo de Inversiones, con importes que ascienden a los 2100 millones de euros en el último lustro.

Además de estas importantes aportaciones e inyecciones al capital del sector, conviene destacar como programas innovadores y de gran importancia práctica, el Programa LIFE<sup>37</sup>, caracterizado por ser el único instrumento financiero de la Unión dedicado de modo exclusivo al medio ambiente y la iniciativa C-VOUCHER<sup>38</sup>, financiada por la Comisión cuyo objetivo es la adopción de la economía circular para la transformación de los circuitos hacia modelos sostenibles.

---

34 En la actualidad, consideramos de rigor citar dos asociaciones unidas para concienciar y avanzar en el ámbito de la economía circular, llamadas AIJU y CLIMATE-KIC, Redacción. (24 de mayo de 2019). ECO CIRCULAR: Retos y oportunidades en la estrategia europea de la economía circular, disponible en <https://ecocircular.com/2019/05/24/retos-y-oportunidades-en-la-estrategia-europea-de-la-economia-circular/>

35 Decisión de Ejecución de la Comisión, de 3 de abril de 2014, por la que se establecen el desglose anual por Estado miembro de los recursos totales del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Cohesión en el marco del objetivo de inversión en crecimiento y empleo y del objetivo de cooperación territorial europea, el desglose anual por Estado miembro de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación, así como los importes que deben transferirse de las asignaciones de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión de cada Estado miembro al Mecanismo «Conectar Europa» y a la ayuda a las personas más desfavorecidas para el período 2014-2020 [notificada con el número C(2014) 2082], disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0190&from=ES>

36 Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2015 relativo al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, al Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión y al Portal Europeo de Proyectos de Inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) no 1291/2013 y (UE) no 1316/2013 — el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1017&from=ES>

37 Dicho Programa ha financiado proyectos relevantes desde el año 1992 con un aporte en torno a los 1000 millones de euros.

38 Con una financiación de 4.3 millones de euros para un total de 66 empresas, ofreciendo a las PYMES la oportunidad de creación y diseño de soluciones circulares a partir de la utilización de instrumentos novedosos como Blockchain o Bigdata.

La pregunta que podemos formular ahora consistiría en determinar ¿qué nivel de certidumbre presenta el futuro de Europa en la materia? Los objetivos actuales de la Unión de cara a un futuro próximo tienden más al perfeccionismo y la consecución de principios que a la materialización de lo que ya hoy puede considerarse como una realidad auténtica y eficiente. Consideramos, por tanto, necesaria, la adopción de una codificación bastante más detallada y desarrollada, que abogue por una armonización verdadera de la política y que plantee objetivos cuantificables a corto plazo, y cabría decir que, es precisamente hacia ese punto para el que se orientan y van las pretensiones. En efecto, el interés de las Instituciones en la elaboración de una nueva normativa en materia circular es una realidad.

Como consecuencia del interés descrito, se publicaron las nuevas Directivas<sup>39</sup> del paquete de economía circular, cuyas disposiciones entrarán en vigor antes del 5 de julio de 2020. A este respecto, conviene destacar la última Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua<sup>40</sup>, que tiene como objeto la reutilización de las aguas residuales y cuya finalidad principal consiste en lograr un mayor impulso de una economía más circular, ajustado al Plan de Acción de la UE<sup>41</sup>.

Plausible suena la idea de investigar nuevos ámbitos que aún no hayan sido estudiados o contemplados por las planificaciones europeas de la economía circular – en la actualidad el Plan de Acción – con el fin de completar el desarrollo de este. Cabe citar, a modo ejemplificativo, la estrategia europea del plástico en el que existen aún muchos sectores con un elevadísimo coste ambiental y con grandes posibilidades de potenciar la circularidad a través de nuevas tecnologías, equipos electrónicos... que podrían ser sujetos beneficiados de un enfoque más amplio y que abarque más elementos, sectores y políticas. Y es que, manifestamos nuestro absoluto acuerdo con la conclusión aportada por la Comisión Europea en el Informe sobre la aplicación del Plan de Acción para la Economía Circular – anteriormente mencionado –, que estableció como: “El plan de acción de la UE, sin duda ha contribuido a integrar el concepto de economía circular como primer paso de un proyecto a largo plazo”.

Efectivamente, queda mucho por hacer, por recorrer y por crear, sin embargo, andamos en el camino correcto hacia la consecución de aquellos grandes objetivos que señalábamos al inicio de la redacción del presente trabajo. Efectivamente, puede constatarse el hecho por el que, en la actualidad, las grandes empresas han comenzado a ser conscientes de la notable oportunidad que supone, en materia de eficiencia y mejora de los procesos productivos, la visión aportada por la economía circular para los ciclos de producción. Las novedades siempre son objeto de nuevas oportunidades o nuevos caminos, y es por ello por lo que, al día de hoy, encontramos nuevas iniciativas *Startups*<sup>42</sup>.

39 Véase la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos; la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos; la Directiva (UE) 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases y la Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los *vehículos al final de su vida útil*, la Directiva 2006/66/CE relativa a las *pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores* y la Directiva 2012/19/UE sobre *residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*

40 Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua [SEC (2018) 249 Final], disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0337>

41 Véase el VII Programa Marco de la U.E. en materia de Medio Ambiente

42 A este respecto, la empresa DANONE, pone en marcha una nueva política de envases sostenibles con la que la compañía asegura que sus envases se fabricaran con material 100% reciclado.

En virtud de lo descrito en el párrafo anterior, nace la necesidad de dar respuesta a la última cuestión que queremos plantear en el presente trabajo, a saber; ¿tiene futuro la economía circular?, la respuesta debe ser inevitablemente afirmativa y eso, al margen de ideales utópicos o de principios morales, y es que, la realidad en la que nos encontramos, el nuevo plano que afrontamos actualmente se encuentra íntimamente ligada con este tipo de economía. Sin embargo, la única manera de proceder eficientemente hacia un mundo sostenible es a partir de eso, es decir, de una estrategia de carácter global, encargada de alcanzar la promoción de las conciencias, así como de implantar para luego implementar una construcción nueva de los valores sociales, en pro de los cuales, la presión ejercida por la sociedad a partir de sus nuevos hábitos de vida, constituya un paso más, aunque decisivo, para el logro del resultado final al que aspira la ciudadanía de la Unión Europea.

Debemos aprovechar las circunstancias favorables que nos rodean de los factores económicos, tecnológicos y sociales con el fin de producir una aceleración absoluta hacia el modelo circular, y perseguir la consolidación del concepto y su repercusión y respeto. Para ello, consideramos necesario partir de tres elementos básicos como son: 1) la información aportada a todos los sectores de la sociedad, con el fin de que posean conocimientos adecuados sobre la materia para que cooperen, en la medida de sus posibilidades, con el cambio; 2) un mayor desarrollo normativo en materia de responsabilidad ecológica, que genere la necesidad de cambio en las empresas multinacionales que no ven atractivas las ayudas ofrecidas por la Unión y que consideran más beneficioso económicamente el procedimiento lineal; y, 3) una mayor incentivación para aquellas empresas que sí consideran y ven necesaria la expansión y desarrollo de la economía circular.

En definitiva, y siendo la conclusión con la que debemos cerrar estas líneas, estamos resaltando que hablamos de una apuesta fuerte, de la fijación universal de lo que pudiera considerarse un sello distintivo de la Unión, que nos ha posicionado en un lugar privilegiado de actuación a partir de la cual, y siendo pioneros e innovadores en la materia, la organización de la Unión, posee una gran oportunidad para desarrollar nuevos sectores, generar nuevas posibilidades laborales y, consolidar definitivamente a la UE como un auténtico referente a nivel mundial en materia de análisis y regulación del medio ambiente. Sin lugar a duda, consideramos fundamental el compromiso de las próximas generaciones, generaciones ya nacidas en una sociedad comprometida con el control y protección del medio ambiente para el desarrollo de este sector acorde con la evolución continua a la que se ve sometida la UE a lo largo de los años venideros.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*. 3ª edición. Madrid: Editorial Reus, 2019.
- MOLINA DEL POZO, C.F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Vol. 4 Lisboa-Curitiba: Jurua Editorial, 2015, volumen 4.
- MOLINA DEL POZO, C.F. Subsidiariedad y Medio Ambiente en la Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*. Ponencia presentada en el “ IV Congreso Nacional de la Asociación de Derecho Ambiental Español” (ADAME), Alicante, 17 y 18 de diciembre de 1993, disponible en [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6059/Subsidiariedad\\_Molina\\_AFDUA\\_1994\\_1995.PDF?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6059/Subsidiariedad_Molina_AFDUA_1994_1995.PDF?sequence=1&isAllowed=y)
- Propuesta Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, del 24 de mayo de 2018, Bruselas, COM (2018) 353 Final. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0353&from=ES>
- MACARTHUR, E. *Hacia una economía circular; motivos económicos para una transición acelerada*. Ellen Macarthur Foundation, Pág. 1, disponible en <https://gpa.dip-caceres.es/wp-content/uploads/sites/4/2017/09/INFORME-MAC-ARTHUR.pdf>

- PEARCE, D.W. Y TURNER, R.K.. *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Colegio de Economistas de Madrid y Celeste Ediciones, Madrid, 1995.
- STAHEL, W. R. *The Performance Economy*. Palgrave Macmillan, 2006.
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998 - *Colaboración para la integración - Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea* [COM (1998) 333]
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de diciembre de 2015. *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular* [COM(2015) 614 final]
- Comunicado de prensa de 2 de diciembre de 2015, Cerrar el círculo: La Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6203\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6203_es.htm)
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del Plan de Acción para la economía circular, del 4 de abril de 2019 [COM (2019) 190 Final], disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-190-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>
- MIJATOVIC, S. Conferencia sobre Economía Circular: Un giro en el modelo productivo del 4 de abril de 2019.
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del paquete sobre la economía circular; opciones para abordar la interfaz entre las legislaciones sobre sustancias químicas, sobre productos y sobre residuos. [COM/2018/032 final], disponible em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018DC0032>
- MCLOUGHLIN, J.; FORSTER, M. J. *The Law and Practice relating of Pollution Control in the Member States of the European Communities: a comparative survey*. London: Graham & Trotman for the Commission of the European Communities, 1982.
- Comunicado de prensa del 22 de mayo de 2018, Economía circular: Nuevas normas que situarán a la UE a la cabeza mundial de la gestión de residuos y el reciclado, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3846\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3846_es.htm)
- GHISELLINI, P.; CIALANI, C.; ULGIATI, S. A review on circular economy: the expected transition to a balanced interplay of environmental and economic systems, *Journal of Cleaner Production*, n. 114, vol. 7, pp. 11-32, jan 2016.
- ECO CIRCULAR: Retos y oportunidades en la estrategia europea de la economía circular, disponible en <https://ecocircular.com/2019/05/24/retos-y-oportunidades-en-la-estrategia-europea-de-la-economia-circular/>

# L'application du principe de précaution par l'arbitre du mercosur<sup>1</sup>

Liziane Paixão Silva Oliveira<sup>2</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.08](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.08)

## INTRODUCTION

La protection de l'environnement est une préoccupation croissante dans le Mercosur. L'inscription de la « défense de l'environnement », de « l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles » en vue « d'améliorer la qualité de la vie des habitants du Cône Sud » dans le texte même du préambule du Traité constitutif est révélatrice de cette prise en conscience, réaffirmée avec la ratification subséquente de l'Accord cadre relatif à l'environnement du Mercosur (ACEM).

L'affirmation de la protection de l'environnement comme objectif distinct de celui de la libre circulation des marchandises apparaît donc dans ces deux contextes : dans le traité constitutif d'une part, où il permet aux États de légitimer les limitations à la circulation de marchandises et dans l'ACEM d'autre part, où il sert à circonscrire le début d'une politique de protection de l'environnement au sein du bloc. L'article 4 de l'ACEM précise que « le présent Accord a pour objectif le développement et la protection viables de l'environnement grâce à la coordination des dimensions économiques, sociales et écologiques, contribuant ainsi à relever les normes environnementales et à améliorer la qualité de vie des populations »<sup>3</sup>.

Ainsi, dans le cadre de l'affaire pneumatiques rechapés II, le Tribunal s'est trouvé confronté à la nécessaire mise en balance de l'obligation de libre échange et du droit de l'environnement. En effet, la partie plaignante (Uruguay) a souligné que « la prohibition imposée par l'Argentine à l'importation de pneumatiques rechapés viole les articles 1<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> du Traité d'Asunción en interdisant sans justification la libre circulation de biens dans l'espace du Mercosur »<sup>4</sup> et, de son côté, la partie défenderesse (Argentine) a affirmé que l'exception était centrée sur la protection

1 Pesquisa financiada pela Agência de Fomento Francesa EGIDE no quadro de programa de doutoramento na França.

2 Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Professora da Universidade Tiradentes e da Universidade de Vila Velha.

3 MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies.

4 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 20.

de la santé et de l'environnement car lorsque les pneumatiques sont stockés à ciel ouvert, ils contribuent à la prolifération de maladies transmises par les moustiques, notamment la dengue, la fièvre jaune et la malaria. De plus, cette accumulation augmente le risque d'incendie dans les décharges publiques et l'on sait que pour chaque pneumatique brûlé, 10 litres de goudron sont libérés pouvant s'infiltrer et contaminer le sol et la nappe phréatique, sans compter les gaz tels que l'oxyde de carbone, les dioxines, les hydrocarbures aromatiques polycycliques et autres substances toxiques et cancérigènes.<sup>5</sup> Ainsi, selon la partie défenderesse, la Loi n° 25.626 était sous-tendue par le principe de protection de l'environnement auquel se réfère le Préambule du Traité d'Asunción et dans l'Accord Cadre sur l'Environnement du Mercosur.<sup>6</sup>

Dans le différend relatif aux pneumatiques rechapés II, pour la première fois les tribunaux du Mercosur ont eu l'opportunité de prendre position quant à l'application du très controversé sur la scène internationale principe de précaution.<sup>7</sup>

## 1. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE MERCOSUR

S'il est vrai que « l'office du juge reste (...) largement dépendant de sa saisine et des conditions dans lesquelles il est appelé à trancher le litige dont il est saisi »<sup>8</sup>, dans l'affaire Pneumatiques rechapés II, les tribunaux du Mercosur ont, pour la première fois, eu l'occasion de statuer sur le principe de précaution. Le TAHM s'est prononcé en faveur de son application et le TPR l'a rejeté dans ce cas précis.<sup>9</sup> Les arbitres ont ainsi eu l'occasion de participer à la reconnaissance et à la consolidation du principe de précaution dans le champ du droit du Mercosur. Ils ont été invités à en fixer les paramètres d'application, à définir les mesures de précaution possibles et acceptables.

Pour le TAHM, l'interdiction d'importation de pneumatiques rechapés sanctionnée par la loi argentine n° 25.626 s'appuyait, entre autres arguments, sur le principe de précaution, au sens d'éviter de possibles dommages sanitaires et environnementaux. De fait, bien que le principe de précaution ne soit pas reconnu de manière expresse dans le Traité d'Asunción ni dans l'Accord cadre sur l'environnement, il intègre le droit du Mercosur de manière indirecte dès lors que,

5 ODA, Sandra ; FERNANDES JÚNIOR, José Leomar. «Borracha de pneus como modificador de cimentos asfálticos para uso em obras de pavimentação», *Acta Scientiarum*, Maringá, vol. 23, n° 6, p. 1589-1599, 2001. RODRIGUES JORGE, Maria et.al. «Aproveitamento de borracha de pneus inservíveis na produção de componentes para construção», in *Congresso Brasileiro de Ciência e Tecnologia em Resíduos e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis, ICTR, 2004.

6 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 35 et 38.

7 Par exemple, sur la scène international (OMC) on peut citer les différends relatif à l'interdiction d'importation de bœuf aux hormones et d'amiante. (OMC, Groupe spécial, Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000. OMC, Organe d'appel, Rapport, Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001). Sur le principe de précaution voir BOISSON de Chazounes, Laurence. « Le principe de précaution : nature, contenu et limite », in LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe (dir.). *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002. ; VARELLA, Marcelo Dias. « Différences d'interprétation sur un même sujet : le principe de précaution, la CIJ, l'OMC, et la CJCE », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2004, p. 19-29. LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002. ARBOUR, M. « Le principe de précaution », *Les cahiers de droit*, n° 36, 2002. KOURILSKY, Philippe; VINEY. Geneviève. *Le Principe de Précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000.

8 BILLET, Philippe. « Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement » (Rapport de clôture), p. 371-378, in LECUCQ, Olivier ; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.371.

9 NEUMAYER, Eric. «Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance?», *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, p. 156-159.

malgré le passage sous silence, la prise en compte du principe de précaution pourrait se justifier de par le renvoi aux principes de la Déclaration de Rio énoncés dans l'ACEM<sup>10</sup>, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude.<sup>11</sup> De telles normes à texture ouverte élargissent le pouvoir d'appréciation des arbitres.<sup>12</sup>

Ainsi, sur fondement du Principe 15 de la Déclaration de Rio, « des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».<sup>13</sup> Dès lors, l'absence de certitude absolue quant à l'existence d'un lien causal entre la durabilité du pneumatique rechapé et l'augmentation de pneumatiques mis au rebut pour la santé et l'environnement ne doit pas faire obstacle à l'adoption de mesures préventives, ni la retarder.<sup>14</sup> Dans cette optique, selon le TAHM, le principe de précaution peut être défini comme un principe imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels, les exigences liées à la protection pouvant prévaloir sur les intérêts économiques.<sup>15</sup>

En ce qui concerne les conditions requises pour déclencher l'application du principe de précaution dans le Mercosur, les tribunaux considèrent qu'il serait applicable dans les cas d'incertitude scientifique et de dommage grave et/ou irréversible.<sup>16</sup> L'opinion du TAHM, dans sa conclusion, est ainsi énoncée : « Le principe de précaution est le corollaire de la constatation de l'incertitude scientifique face au besoin incontestable de la mise en place de politiques environnementales. La précaution détermine que le manque de certitude scientifique ne peut pas nuire à l'objectif de protection de l'environnement. » Ainsi, selon le tribunal, l'incertitude scientifique ne doit pas être « un obstacle à la prise de mesures de précaution », et il va plus loin en soulignant que « les certitudes de l'incertitude scientifique, peuvent, à elles seules, justifier l'adoption de mesures de protection de l'environnement »<sup>17</sup>

---

10 Article 1 e 2 du ACEM (MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies).

11 Sur l'origine de la technique de précaution dans l'OMC voir RICHIERI HANANIA, Lilian. « Le principe de précaution et son application dans l'OMC », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection «UMR de droit comparé de Paris», 2010.

12 DE SANDELER, Nicolas. « Quelles balises pour le juge? », in Colloque organisé par l'Union des Avocats Européens (UAE), Les juges et la protection de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 1998.

13 Déclaration finale de la Conférence des nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 16 juin 1992, principe 15. Disponible sur : <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

14 Par exemple, « les mesures destinées à diminuer le rayonnement des antennes, à les localiser de manière appropriée, voir carrément à les interdire dans certains endroits tels que dans les préaux d'école, constitueraient dans ce cas de figure des mesures de précaution » (FLUCKIGER, Alexandre. « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, p. 107-127, p. 114). Voir également CAZALA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Bruxelles, LJDG Anthémis, 2006.

15 GUETTIER, Christophe. « Le principe de précaution », p. 591, in AUBY, Jean-Bernard », *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz 2010. p. 595.

16 Sur cet sujet voir arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros a relevé que le principe de précaution invoqué par Hongrie est basé sur un péril possible ou éventuel (CIJ, *Affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, Rec. CIJ, p. 42, para. 54).

17 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine.

Sur l'interprétation de la CJUE voir : ROUZZI, Elisa. « L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection « UMR de droit comparé de Paris », 2010, p. 531.

C'est donc sur ce fondement, considérant que l'incertitude scientifique doit être intégrée aux politiques environnementales, que le TAHM a établi la légitimité de la loi argentine interdisant l'importation de pneumatiques rechapés.<sup>18</sup> Ceci étant, dans quelles situations, pour le tribunal, l'incertitude scientifique se définit-elle ? Fondé sur le cas en référence, l'absence de certitude scientifique a été démontrée par la dichotomie entre les études scientifiques présentées par les parties en présence.

Le TAHM a en effet considéré que, en définitive, « le principe de précaution détermine que les pouvoirs publics utilisent des critères scientifiques objectifs qui conduisent à l'équilibre entre la prise de décision en vue de résultats à long terme et la satisfaction des besoins à court terme. Il doit y avoir une intégration permanente entre la formulation de politiques environnementales et la recherche scientifique. La science est la collaboratrice essentielle afin de justifier de mesures de protection de l'environnement et sert de fondement au développement de politiques environnementales. (...) Ce qu'on appelle incertitude scientifique doit être pondéré lors de la discussion de mesures et de politiques relatives à l'environnement. Il relève du sens commun que la science n'est pas toujours en mesure de nous donner les preuves nécessaires afin d'évaluer – avec certitude – les effets potentiels ou futurs qu'une activité humaine donnée peut provoquer sur l'environnement. »<sup>19</sup>

Autrement dit, les arbitres du Mercosur entendent que même face à l'absence de « preuves scientifiques suffisantes », on ne doit pas inhiber les États parties du Mercosur à agir avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques et les dommages pour l'environnement. C'est ainsi que dans sa sentence, le TAHM a établi que le principe de précaution « consiste en l'autorisation à la prise de mesures destinées à éviter et prévenir des risques potentiels (incertains) ». <sup>20</sup> L'application du principe de précaution naît de la nécessité d'agir avant que des dommages graves et irréversibles sur l'environnement ne se produisent et justifie, en outre, l'imposition de mesures restrictives ou d'exception face à l'incertitude scientifique.<sup>21</sup>

Dans un deuxième temps, cependant, le TPR, saisi d'un recours de révision, a modifié la décision de la première instance, rejetant l'application du principe de précaution dans l'affaire Pneumatique II. Le TPR s'est hélas contenté d'écarter l'approche du principe de précaution, sans plus d'explications. D'après lui, le principe de précaution doit servir afin d'éviter un risque de préjudice grave et difficilement réparable, ce qui n'a pas été constaté dans le cas des pneumatiques et dès lors, pour cet organe, l'application du principe de précaution serait d'ores et déjà écartée. L'analyse de la sentence de révision nous permet cependant d'aboutir à deux conclusions : la première est que ce tribunal n'a pas souhaité prendre en considération les justifications environnementales exposées par l'Argentine ; la seconde est que bien que rejetant le recours au principe de précaution dans ce cas précis, il a reconnu la possibilité de son application dans le cadre du droit du Mercosur, dans les cas où la mesure de prévention peut permettre éviter un dommage grave et irréparable.

Dans ces circonstances, on peut affirmer que l'affaire Pneumatiques II marque un moment important pour la protection de l'environnement dans le bloc mercosurien car elle a fourni

18 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69.

19 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69. Notre traduction du texte original

20 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70. Notre traduction du texte original.

21 MARCEAU, Gabrielle. « Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce » (OMC), p. 131-149, in LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002.

l'occasion aux organes de contrôle de statuer pour la première fois sur la protection de l'environnement, ainsi que sur le principe de précaution.

## **2. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE**

La sentence arbitrale retenue par le TAHM est innovante en ce qu'elle admet le renversement de la charge de la preuve dans le cadre de l'application du principe de précaution, mais aussi quant à l'appréciation du contenu de la preuve.

### *2.1. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE*

Le Tribunal ad hoc du Mercosur constitué afin de juger le cas des produits phytosanitaires a considéré que lorsque la protection de l'environnement se présente comme une exception au libre échange, la charge de la preuve des dommages environnementaux résultant d'une activité ou d'un produit incombe à l'État partie qui les invoque.<sup>22</sup> Le Tribunal Permanent de Révision a également pris position dans ce sens dans l'affaire Pneumatiques II en révélant à son tour que la charge de la preuve à propos d'un moyen de défense fondé sur l'exception de l'article 50 incombe à la partie défenderesse, en l'occurrence l'Argentine.<sup>23</sup>

De telles conclusions suivent la « jurisprudence » de l'OMC selon laquelle, par exemple, c'est à la partie invoquant les exceptions énoncées à l'article XX qu'incombe la charge de la preuve ; c'est-à-dire que la partie défenderesse prouvera que sa mesure est conforme aux prescriptions de la clause introductive de l'article XX, même après que cette partie ait établi que la mesure relevait de l'un des paragraphes du même article.<sup>24</sup> Dans la récente affaire Brésil, mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, le Groupe spécial de l'OMC a conclu que « le Brésil, en tant que partie invoquant une exception prévue à l'article XX, est tenu de prouver, premièrement, que la mesure relève du paragraphe b) de l'article XX et, deuxièmement, que la mesure est appliquée d'une manière qui est compatible avec le texte introductif de l'article XX »<sup>25</sup>.

En suivant ce raisonnement, on pourrait dire qu'à la partie s'appuyant sur l'application du principe de précaution afin de justifier l'interdiction de circulation d'un produit donné incombe la charge de la preuve, et ce serait, pour autant, une obligation de l'Argentine dans l'affaire Pneumatiques II. Toutefois, le Tribunal arbitral ad hoc constitué pour cette affaire a innové en effectuant un renversement de la charge de la preuve dans le cas de l'application du principe de précaution. Pour le tribunal, il incombe à l'État qui envisage de développer une activité nocive ou potentiellement dangereuse pour la santé ou l'environnement de prouver que l'activité ne présente pas de risque, plutôt que d'exiger que l'État défendeur fasse la démonstration du risque encouru. Dès lors, s'appuyant sur le principe de précaution, les arbitres ont décidé du renversement de la charge de la preuve, « de sorte qu'il incombe à la partie (Uruguay) prétendant implanter une activité considérée comme nocive ou potentiellement dangereuse pour l'environnement de prouver que celle-ci est sûre et ne représente aucun risque écologique ».<sup>26</sup>

22 TAHM, sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil.

23 TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 10.

24 OMC, Organe d'appel, *Rapport États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, pages 23 et 24.

25 OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/R) du 12 juin 2007, para. 7.38.

26 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70, Notre traduction

De manière générale, on peut trouver qu'il y a une similitude entre la procédure établie par le TAHM sur le renversement de la charge de la preuve et celles suivies lors de certaines décisions individuelles de juges de la CIJ, lors de décisions du Supérieur Tribunal de Justice brésilien (STJ).<sup>27</sup> Selon le juge Weeramantry à la CIJ, le renversement de la charge de la preuve s'explique du fait que la plupart des informations sur un produit ou une activité sont plus facilement accessibles par celui qui développe le produit ou l'activité. Pour le Supérieur Tribunal de Justice, l'application du principe de précaution justifie le renversement de la charge de la preuve du fait de transférer au développeur de l'activité potentiellement dangereuse le coût de démontrer la sécurité de l'entreprise.<sup>28</sup> Cette analyse suit le positionnement majoritaire des auteurs qui se prononcent pour le renversement de la charge de la preuve.<sup>29</sup> Pour certains auteurs, toutefois, il est contestable d'exiger de l'entrepreneur de prouver l'absence de risque, soit encore d'apporter une preuve négative<sup>30</sup>, car « il ne peut être rationnel de soumettre des personnes à des exigences impossibles à satisfaire, sauf si l'on entend les berner ou les paralyser ».<sup>31</sup>

D'ailleurs, la sentence de révision du Tribunal Permanent de Révision du Mercosur a modifié sur ce point la sentence prononcée par le Tribunal ad hoc. Le TPR n'admet pas la procédure de renversement instaurée par le TAHM. Selon lui, une telle façon de procéder a clairement été arbitraire, à tous points de vue. Ceci étant, le TPR a souligné ce qui suit : « a) dans le droit d'intégration, l'inversion du coût de la charge de la preuve n'existe pas pour des allégations liées aux exceptions au libre commerce ; b) l'inversion du coût de la charge de la preuve ne peut avoir juridiquement lieu que lorsque le texte de loi l'autorise expressément comme, par exemple, dans le domaine spécifique du droit des brevets ou du droit du travail ; c) invoquer à ce propos le concept d'incertitude scientifique est une évocation clairement arbitraire (...) nous ne voyons aucune justification dans le cas présent et moins encore comme fondement pour une supposée inversion de coût de la charge de la preuve ; d) même dans l'hypothèse niée par ce tribunal qu'il pourrait exister une incertitude scientifique dans le cadre des pièces du dossier, cela ne permet pas de justifier en soi l'application d'une mesure spécifique telle que la prohibition d'importation. Ce que, dans ce cas, l'incertitude permet de faire, c'est de prendre certaines mesures, mais pas exactement n'importe lesquelles. Plus précisément, dans ces cas-là, l'applicabilité d'une telle mesure sera toujours sujette à l'examen de la teneur des critères de rigueur en référence »<sup>32</sup>.

27 En portugais Superior Tribunal de Justiça.

28 BRASIL. STJ, 2009a. *Resp972902 / RS. RECURSO ESPECIAL*, 2007/0175882-0, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 25/08/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 14/09/2009, RSTJ vol. 216 p. 257.

Sur ce sujet voir également BRASIL, STJ. 2005a. *REsp 605323 / MG RECURSO ESPECIAL* 2003/0195051-9, Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105), Relator(a) p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 18/08/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 17/10/2005 p. 179. RNDJ vol. 73 p. 87.

29 BOYLE, Alan. BIRMIE, Patricia. *International law and the environment*, 3ème éd., Oxford, OUP UK, 2009. DEGUERGUE, M. « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, 2000, p. 115. ; LABROT, Véronique. « La précaution : prudence environnementale et réalisme social, ou à propos d'un concept durable », in GOUZIEN, Annie ; LOUARN, Patrick. (dir.), *Environnement et politique*, Rennes, PUR, 1996, p. 171.

30 CALAZA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006, p. 389 ss.

31 GODARD, Olivier. « L'ambivalence de la précaution », in GODARD, Olivier. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, MSH – INRA, 1997, p. 58.

32 TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 20 Notre traduction.

## 2.2. L'ANALYSE DU CONTENU DE LA PREUVE

Les preuves présentées par les parties au cours du procès n'ont pas pour intention d'instaurer une vérité absolue, mais plus exactement de gagner l'opinion du juge, de l'aider à trancher le différend. Ainsi, les éléments de preuves scientifiques apportés sont indispensables afin que le tribunal analyse les données des risques et statue sur l'application du principe de précaution. Si, d'un côté, la présentation de preuves documentaires et la participation d'experts est indispensable pour aider le juge à établir l'existence ou non d'un dommage environnemental, d'un autre, les contradictions entre les preuves présentées rendent souvent difficile la tâche du tribunal qui devra définir, parmi les données – généralement techniques – présentées, celles qui serviront de fil conducteur à la procédure de jugement.<sup>33</sup>

Dans l'affaire Pneumatiques II, les parties ont soumis au Tribunal arbitral ad hoc du Mercosur un vaste ensemble de preuves, constitué de documents, de données statistiques, de considérations techniques et d'avis d'experts.<sup>34</sup> Cet ensemble portait principalement sur la durabilité des pneumatiques rechapés et les dommages environnementaux occasionnés par les pneumatiques mis au rebut en fin de vie.

En ce qui concerne la durabilité des pneus rechapés, l'Uruguay a présenté une étude réalisée par l'Institut de Recherches Technologiques (Université de São Paulo – Brésil) démontrant que les pneumatiques rechapés avaient la même durée de vie que les pneumatiques neufs<sup>35</sup>, tandis que l'Argentine a avancé une étude de l'Institut National de Technologie Industrielle argentin selon lequel un pneumatique rechapé n'aurait que 30% de durée de vie utile par rapport à un neuf.<sup>36</sup> Face aux preuves avancées, le TAHM a entendu que « un pneumatique rechapé a une durabilité variant de 30 à 100% par rapport à un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé est moins cher qu'un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé ne peut plus être redessiné une nouvelle fois ».<sup>37</sup>

Finalement, fondé sur les éléments de preuve communiqués par les parties, le TAHM a souligné que, dans une première approche, les pneumatiques neufs et rechapés se ressemblent quant aux critères de sécurité mais qu'une approche plus détaillée sur les caractéristiques de ces pneumatiques dévoile des distinctions. La principale différence entre eux est qu'un pneumatique neuf pourra, en fin de vie utile, être rechapé et réutilisé, tandis qu'un pneumatique rechapé devient un déchet après utilisation. De telle sorte que « Par une simple opération d'arithmétique et partant de la perspective la plus optimiste qui considère qu'un pneumatique rechapé peut parcourir les mêmes 60 000 km qu'un pneumatique neuf, on peut conclure qu'au bout de 120 000 kilomètres, un véhicule à quatre roues ayant utilisé des pneumatiques neufs et, par suite, rechapés, aura consommé quatre pneus ; par ailleurs, un véhicule identique ayant recouru à l'usage de pneumatiques rechapés en aura utilisé huit sur le même parcours. À l'évidence, si la vie utile totale d'un pneumatique rechapé est moindre que celle d'un neuf (puisque ce dernier peut être rechapé une fois et l'autre non), l'entrée sur le marché national de pneumatiques rechapés dans un autre pays entraînera, à la longue, une augmentation du passif environnemental ».<sup>38</sup>

---

33 Dans arrêt de l'affaire pâte papier la CIJ souligne « quels faits sont à prendre en considération, en apprécier la force probante et en tirer les conclusions appropriées » (CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, para. 168).

34 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 71.

35 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 74.

36 Ibidem, para 75.

37 Ibidem, para. 79.

38 Ibidem, para. 98. Notre traduction.

En 2007, deux ans après cette sentence arbitrale prononcée par le TAHM, l'Organe d'Appel de l'OMC, lors du jugement de l'affaire Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, souligne également qu'« une différence importante entre les pneumatiques neufs et les pneumatiques rechapés est que ces derniers ont une durée de vie plus courte et atteignent donc plus vite le stade où ils deviennent des déchets »<sup>39</sup>.

Après avoir analysé les différences entre les pneumatiques neufs et rechapés, les arbitres sont passés à l'analyse des témoignages des experts et des preuves relatives aux impacts environnementaux, ainsi que pour la santé publique, résultant de l'accumulation de pneumatiques au rebut.<sup>40</sup> Les spécialistes indiqués par l'Argentine ont répondu aux questions des deux parties sur les aspects juridiques relatifs à la préservation de l'environnement, sur l'impact causé par la disposition finale des pneumatiques au rebut, ainsi que sur les mesures techniques adoptées afin de minimiser le problème. En accord avec les témoignages entendus et non contestés par l'Uruguay, il a été prouvé que les pneumatiques en fin de vie occasionnent des problèmes environnementaux ainsi que sanitaires car on ne dispose pas encore de processus de recyclage économiquement viable capable d'absorber la quantité de pneumatiques hors d'usage produite. Quels sont les risques émanant de l'accumulation des pneumatiques au rebut ?

Parmi les principaux problèmes résultant de l'accumulation de pneumatiques usagés on distingue : la décomposition lente – des recherches ont démontré qu'un pneumatique met approximativement 500 ans pour se décomposer et, tout au long de ce processus, il libère certaines substances nocives pour la santé et l'environnement ; leur volume rend difficile leur entreposage dans les sites d'enfouissement technique et, lorsqu'ils sont entreposés à l'air libre, ils contribuent à la prolifération d'insectes vecteurs de maladies telles que la dengue, la fièvre jaune ou la malaria. De plus, ils libèrent des substances toxiques et cancérigènes lorsqu'ils sont brûlés.<sup>41</sup>

Outre ces problèmes, la disposition de pneumatiques au rebut en sites techniques, ou leur empilage, ne s'est révélée ni sûre, ni environnementalement durable. Des études ont montré que lorsqu'ils sont enterrés dans des sites, les pneumatiques ont tendance à remonter à la surface, portant préjudice au compactage du sol et à sa réhabilitation ; ils peuvent également provoquer une combustion et des incendies, libérant des substances chimiques et organiques potentiellement nocives.<sup>42</sup> Parmi les solutions de substitution, on trouve les options de recyclage et la récupération énergétique.

Les options de recyclage, telles que la fabrication de revêtement d'asphalte caoutchouté sont encore balbutiantes et économiquement trop onéreuses. Pour exemple, seulement 2% des résidus de pneumatiques sont destinés à l'asphalte caoutchouté aux États-Unis. Les pneumatiques usagés peuvent également être utilisés comme combustible dans les cimenteries ou les fabriques de papier. Toutefois, bien que solutionnant en partie le problème du stockage, cette option n'est pas exempte de pollution. Certaines études ont démontré que cette combustion augmente de deux à cinq fois les émissions de dioxines.<sup>43</sup> « La CE, dans sa Directive sur l'incinération des

39 OMC, Organe d'appel, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/AB/R) du 3 décembre 2007, para. 121.

40 D'après le tribunal ad hoc, «les parties ne sont pas en désaccord avec le fait qu'à la fin de leur vie utile, les pneus deviennent un problème environnemental.» (TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 95).

41 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 80. Cf. KWEITEL, Juana; SANCHEZ, Michelle R. «Participação da sociedade civil: comércio, saúde e meio ambiente na OMC (CE c. Brasil) o caso dos pneus», *Cadernos de direito GV*, vol. 4, n° 3, 2007.

42 Golder Europe EEIG, Report on Implementation of the Landfill Directive in the 15 Member States of the European Union, 2005. Disponible sur: [http://ec.europa.eu/environment/waste/pdf/report\\_a2.pdf](http://ec.europa.eu/environment/waste/pdf/report_a2.pdf)

43 LOHSE, Joachim; WULF-SCHNABEL, Jan. *Expertise on the Environmental Risk Associated with the Co-Incineration of Wastes in the Cement Kiln "Four E" of CBR Usine de Lixhe*. Disponible sur: <http://www.oekopol.de/de/Archiv/Anlagenbezog%20US/CBRBelgien/cbrBelgien.pdf>

résidus, a établi des limites plus rigides pour les fours de cimenteries utilisant des pneumatiques et autres résidus comme combustible et a effectivement interdit qu'après 2008, les anciens fours de cimenteries brûlent des pneumatiques sans aménagements. »

Afin de fonder sa demande et fournir la preuve des dommages résultant du stockage des pneumatiques à ciel ouvert et sur sites techniques, l'Argentine a recouru à la Directive européenne (2000/53/CE)<sup>44</sup> afin de justifier du danger du rejet des pneumatiques dans des lieux inadéquats, et à la Directive (1999/31/CE) du Conseil, selon laquelle l'Union européenne interdit l'enfouissement de pneumatiques entiers, en morceaux ou hachés.<sup>45</sup> On retrouve cette même méthode dans l'affaire relative à l'amiante<sup>46</sup>, par exemple, dans laquelle la conformité de la mesure française est appréciée sur le fondement des résultats d'études scientifiques internationales<sup>47</sup>.

Cette modalité de la preuve reçue par le TAHM comme preuve de dommage grave et irréparable de l'accumulation de pneumatiques a été rejetée sans explications par le TPR, selon lequel l'Argentine n'a pas fait la preuve de l'existence d'un dommage. Soit encore que la flexibilité du Tribunal arbitral de prendre en considération les études internationales a été abandonnée par le Tribunal de révision, restant ainsi à la charge de la partie défenderesse de prouver l'existence de dommages environnementaux résultant de l'importation de pneumatiques rechapés sur son territoire. Peut-être le TPR a-t-il entendu qu'il appartiendrait à l'Argentine de démontrer, comme l'a fait le Brésil dans l'affaire Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, « l'existence de risques pour la santé et la vie des animaux et la préservation des végétaux liés aux émissions toxiques causées par les incendies de pneumatiques. Il constate aussi que les risques pour la santé et la vie des animaux que présente au moins une maladie transmise par les moustiques (la dengue) sont liés à l'accumulation de pneumatiques de rebut »<sup>48</sup>.

Sans être discordant sur les dommages environnementaux et sur la santé, l'Uruguay a préféré éviter le débat environnemental, affirmant seulement : « qu'il s'agisse de pneumatiques neufs, usagés ou rechapés, ils se transforment tous en carcasses inemployables arrivés en fin de vie et causent des dangers semblables à la santé des personnes et à l'environnement »<sup>49</sup>. Réaffirmant l'objet central du litige, l'État plaignant a souligné qu'« il ne s'agit pas, dans cet arbitrage, de discuter de l'importation de pneumatiques usagés mais de pneumatiques rechapés, qui seront destinés à l'usage et non pas immédiatement transformés en résidus problématiques pour l'environnement. La prétention de l'Uruguay se limite à obliger l'Argentine à continuer d'importer des pneumatiques rechapés produits en Uruguay, du fait que ceux-ci présentent une durabilité et une sécurité semblables à des pneumatiques neufs, qui ont toujours eu libre accès au territoire argentin et ne signifient pas un impact environnemental différent de celui causé par les

---

REISMAN, Joel ; LEMIEUX, Paul. «Air Emissions from Scrap Tire Combustion», *Environmental Protection Agency*, Oct. 1997.

44 Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on end-of-life vehicles - Commission Statements. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:269:0034:0042>.

45 Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets, *JOCE*, L 182 du 16 juillet 1999, p. 1. BRÉSIL, Resolução CONAMA 258/1999.

46 OMC, Organe d'appel, *Rapport Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001, para. 168.

47 ROUZZI, Elisa. « L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection «UMR de droit comparé de Paris», 2010, p. 541.

48 OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil - mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/R) du 12 juin 2007, para. 7.93.

49 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 81.

pneumatiques neufs »<sup>50</sup>. On observe une contradiction dans le discours uruguayen qui affirme, d'un côté, que les pneumatiques en fin de vie provoquent des dommages environnementaux, et d'un autre que l'interdiction argentine est disproportionnée quant à l'objectif de protection de la santé et l'environnement.

Le Tribunal fonde sa décision sur les preuves présentées. Premièrement il affirme que « la reconstruction de pneumatiques est une mesure salubre et doit être encouragée, car elle réduit l'accumulation de pneumatiques usagés. Ce qui est mis en discussion, toutefois, est la pertinence d'importer des pneumatiques rechapés d'un autre pays ou région »<sup>51</sup>. Afin d'évaluer cette pertinence, les arbitres partent d'une analyse mathématique afin de décider. Conformément aux preuves présentées, un pneumatique neuf peut rouler 120 000 km, et considérant qu'un pneumatique rechapé puisse rouler pendant 60 000 km, au bout de 180 000 km une voiture ayant utilisé des pneumatiques neufs, puis, postérieurement, des pneumatiques rechapés, aura consommé quatre pneus tandis qu'une voiture utilisant des pneumatiques rechapés aura besoin de plus de huit pneus rechapés pour la même distance parcourue. Le Tribunal en conclut que « dans ce cadre, l'importation de pneumatiques rechapés implique, pour le pays importateur, une accélération de son passif environnemental »<sup>52</sup>.

Cette sentence est innovante car la décision du TAHM n'est pas fondée sur les preuves de dommages environnementaux découlant de l'importation de pneumatiques rechapés en territoire argentin, mais sur les dommages causés par les pneumatiques mis au rebut. Elle considère que « le pneumatique rechapé n'est pas, en soi, un produit qui peut causer de dommage immédiat pour l'environnement. Toutefois, ce même produit reconstruit, sur une structure provenant d'autres régions du monde, aura une durée de vie utile notablement inférieure à celle d'un pneumatique neuf. Il convient de dire qu'il sera transformé en déchet plus rapidement et fera en sorte que l'État récepteur accumule par avance des résidus dommageable pour l'environnement pour lesquels la science et la technologie n'ont pas encore trouvé de solution satisfaisante »<sup>53</sup>.

En résumé, la sentence arbitrale a accueilli la demande de l'Argentine, et les arbitres ont décidé qu'il était plus prudent de conserver l'interdiction imposée par l'Argentine et de protéger la santé des personnes et l'environnement face aux risques découlant du rejet irrégulier des pneumatiques rechapés<sup>54</sup>.

## CONCLUSION

Malgré la nature commerciale du Mercosur, on observe une inclusion graduelle de la dimension environnementale dans le processus d'intégration. Au début, la thématique environnementale était liée à la libéralisation du commerce ; cependant, certaines initiatives politiques récentes plus tournées vers l'environnement ont commencé à être projetées, ouvrant une voie destinée à pousser le Cône sud vers le développement durable.

On observe dès lors que les arbitres du Cône sud expriment leur intérêt d'aligner leurs décisions sur les autres Cours en certaines occasions, même si à d'autres moments ils préfèrent conserver leur indépendance. Dès lors il convient de se demander si cette relation peut aider à

50 Ibidem, para. 81.

51 Ibidem, para. 97.

52 Ibidem, para. 99.

53 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 101.

54 Sur le conflit entre le principe du libre échange et de la protection de l'environnement voir DIZ, Jamile Bergamaschine M. ; MONTEIRO, Taline do S. « La vieja dicotomía libre comercio x medio ambiente : análisis de los laudos arbitrales del Mercosur e de cómo se decide un tema cadente », *Revista del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales*, 2007, vol. 3, p. 1-20.

la protection de l'environnement dans le bloc du Cône sud. Ces emprunts élargissent incontestablement le champ d'interprétation et d'analyse de l'arbitre. Les arbitres du Mercosur ont cherché à s'inspirer des jurisprudences de l'OMC, de la CJUE et de la CIJ, et on peut espérer, de ce fait, que les réflexions sur la protection environnementale dans l'Union européenne et à l'OMC viendront contribuer au renforcement de la prise en compte de cette préoccupation lors des interprétations du droit environnemental du Mercosur réalisées par ses Tribunaux.

D'une façon générale, on peut dire que l'arbitre du Mercosur devient passeur de frontières régionales afin d'assurer la cohésion de ses décisions avec d'autres jurisprudences, nationales ou internationales.



# La protección del patrimonio cultural inmaterial in Brasil: la fiesta de la vaquejada

Beatriz Souza Costa<sup>1</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.09](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.09)

## 1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones intrínsecas entre el Medio Ambiente y el Patrimonio Cultural en el Brasil ha quedado establecida en la Constitución Federal de 1988. El art. 225, de modo general, dispone sobre el medio ambiente ecológicamente equilibrado visando la salud de todos. Para alcanzar también la salud psicológica es prioritario vivir en un ambiente que tenga libertad para crear, hacer y vivir, de ese modo protegiendo también directamente el medio ambiente cultural.

Específicamente sobre el ambiente cultural en el Brasil, la constitución brasileira expone en los arts. 215, 216 y 2016-A. Esos bienes son compuestos por bienes de naturaleza material e inmaterial que sean portadores de referencia a la identidad, a la acción y a la memoria de la sociedad brasileira. Por lo tanto, pueden ser constituidos de objetos, documentos, edificaciones, patrimonios artísticos, históricos, turísticos, paisajísticos, arqueológicos, espeleológicos y ecológicos.

Es importante percibir la complejidad de las relaciones que se establecen entre todas las frentes del medio ambiente, o sea, el medio ambiente natural, medio ambiente artificial, medio ambiente cultural. El hombre consigue transformar el medio ambiente natural en medio ambiente artificial. En este medio ambiente artificial, o mismo el medio ambiente natural serán utilizados por el hombre como formas de expresión para forjar identidades, las cuales pueden ser transformadas en identidades colectivas.

## 2. MEDIO AMBIENTE: UN DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho al medio ambiente, considerado como de tercera dimensión, no fue contemplado en constituciones anteriores a la Constitución de 1988. La primera Constitución que se preocupó con la protección del medio ambiente fue la de 1988. Esta ascensión se dio a un orden global en que varios países constitucionalizaron este Derecho. Países como Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978) han sido precursores en la innovación.

---

1 Pos Doutorado en Castilla-La Mancha, Espanha, Doutora e Mestre pela Univ. UFMG/Brasil. Pró-Reitora de Pesquisa da Dom Helder Escola de Direito.

El hecho del tema medio ambiente, en el cuerpo de la Constitución, encontrarse en el Título VIII, “Del orden Social”, y no en el Título II, “De los derechos y garantías fundamentales”, no retira de este el *status* de un derecho fundamental, pues evidencia a ligación intrínseca de este derecho al derecho a la vida. El derecho a la vida es uno de los derechos primarios del ser humano y por ese motivo condiciona todos los demás derechos<sup>2</sup>. La Constitución de la República brasileña, en art. 5º explicita: “Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes [...]” (BRASIL, 1988). En el mismo camino afirma Manuel Gonçalves Ferreira Filho<sup>3</sup>:

Derecho al medio ambiente. Este es un derecho de solidaridad – la tercera ‘generación’ de los derechos fundamentales (la primera, las libertades; la segunda, los derechos sociales). En verdad, se puede retrazar, con facilidad, a su genealogía. Proviene del derecho a la vida (primera generación), por intermedio del derecho a la salud (segunda generación).

Remete el autor al derecho a la vida, que es un nuevo paradigma por considerar en relación con el derecho a un medio ambiente saludable. Esto hace con que haya una nueva visión del derecho, o sea, el derecho a la vida debe venir siempre en primer lugar, y sin un medio ambiente adecuado, equilibrado el derecho a la vida con dignidad no será preservado.

Em el Brasil, no hay duda de que el medio ambiente es considerado un derecho fundamental, porque cualquier interpretación contraria no encontrará amparo. La propia Constitución Federal, en su art. 225, dispone que “todos tienen el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado”. Por lo tanto, habla de ‘todos’ y de cada ‘uno’. Así siendo, el individuo tiene el derecho fundamental y subjetivo a un medio ambiente ecológicamente equilibrado<sup>4</sup>.

Es incuestionable que todo derecho fundamental individual atribuye al individuo el derecho de petición a los órganos públicos, como hace la Constitución Federal en su do art. 5º, inciso XXXIV, y reviste la persona con cuatro instrumentos procesuales constitucionales para la fruición de ese derecho fundamental. Estos instrumentos procesuales son: la acción popular ambiental;<sup>5</sup> la acción civil pública ambiental;<sup>6</sup> el mandado de seguridad colectivo ambiental<sup>7</sup> y el mandado de monitorio ambiental.<sup>8</sup>

2 COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal e Espanha*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 134.

3 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 276.

4 COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal e Espanha*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 39.

5 Art. 5º Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del Derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...] LXXIII – cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular que vise a anular acto lesivo al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo comprobada mala-fe, libre de costas judiciales y del cargo del honorarios. (BRASIL, 1988).

6 Art. 129. Son funciones institucionales del Ministerio Público: [...] III – promover la investigación civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos. (BRASIL, 1988).

7 Art. 5º [...], inciso LXIX – concederse al mandado de seguridad para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus* o *habeas fecha*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder sea autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio y atribuciones del Poder Público; LXX – el mandado de seguridad colectivo puede ser impetrado por: a) partido político con representación en el Congreso Nacional; b) organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos a un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. (BRASIL, 1988).

8 Art. 5º [...], inciso LXXI – concederse a mandado de requerimiento siempre que la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía. (BRASIL, 1988).

Cuando se afirma la fundamentalidad del art. 225 en la Constitución de la República, mister se hace distinguir el medio ambiente a que se refiere y también cual la naturaleza jurídica de ese bien considerado, un derecho a la vida en el Brasil.

Para eso es imperioso conocer el entero contenido del art. 225, pero no dejando de apuntar que este artículo fue maculado con la inclusión, por la Emenda Constitucional 96/2017, del párrafo séptimo que establece la utilización de los animales en prácticas deportivas, alegando ser una realización de cuño cultural inmaterial brasileño. Sin embargo, este tema será mejor discutido en local adecuado.

Art. 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

§ 1º Para asegurar la efectividad de ese derecho, incumbe al Poder Público:

I – preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y proveer el manejo ecológico de las especies y ecosistemas;

II – preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar las entidades dedicadas a la pesquisa y manipulación de material genético;

III – definir, en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes a ser especialmente protegidos, siendo la alteración y la supresión permitidas solo a través de ley, vedada cualquiera utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección;

IV – exigir, en forma de la ley, para instalación de obra o actividad potencialmente causadora de significativa degradación del medio ambiente, estudio previo de impacto ambiental, a que se dará publicidad;

V – promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concienciación pública para la preservación del medio ambiente;

VII – proteger la fauna y la flora, vedadas, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica provoquen la extinción de especies o sometan los animales a crueldad.

§ 2º Aquel que explorar recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma da ley.

§ 3º Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetaran a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

§ 4º La Floresta Amazônica brasileira, la Mata Atlântica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización frente a, en la forma de la ley, dentro de condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluso cuanto al uso de los recursos naturales.

§ 5º Son indisponibles las tierras desocupadas o arrecadadas por los Estados, por acciones discriminatorias, necesarias a la protección de los ecosistemas naturales.

§ 6º Las usinas que operan con reactor nuclear deberán tener su ubicación definida en ley federal, sin eso no podrán ser instaladas.

§ 7º Para fines del dispuesto en la parte final del inciso VII del § 1º de este artículo, no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilicen animales, desde que sean manifestaciones culturales, conforme el § 1º del art. 215 de esta Constitución Federal, registradas como bien de naturaleza inmaterial integrante del patrimonio cultural brasileiro, debiendo ser reglamentadas por ley específica que asegure el bienestar de los animales envueltos.<sup>9</sup>

---

9 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Grifos nuestros.

Importante señalar que la protección del medio ambiente en la Constitución de la República de 1988 establece los principios formadores del Derecho Ambiental brasileiro, y que su tutela está directamente ligada a los principios fundamentales de la Constitución, o sea, art. 1º y en sus incisos iniciales<sup>10</sup>.

Los criterios establecidos en el art. 225, también se reportan a la dignidad de la persona humana, como expreso en el art. 1º, pues si todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es esencial a la sana calidad de vida, se preserva la vida, con dignidad, de todas las personas. Se percibe que el art. 225 debe ser también interpretado, de modo vinculado, con los artículos relacionados a la cultura y demuestra, de ese modo, cuán amplio es ese nuevo derecho.

Para mantener la sana calidad de vida los brasileños necesitan que, en su ambiente cultural, donde se cría, trabaja y vive sea preservado de modo a dar sustentación a su desarrollo personal y colectivo. Parece una idea lógica, pero muchas veces eso no ocurre y transforma esa vida psicológica y material en un verdadero caos. Ejemplo clásico de eso es la construcción de hidroeléctricas las cuales ocasionan el cambio de una ciudad entera, dejando hacia atrás toda una historia de vida. Se pierde la Iglesia donde personas se casaron, el cementerio donde entes queridos fueron enterrados, la plaza que fue palco de fiestas y otros valores que no hay como rescatarlos.

Esas son decisiones difíciles que el Poder Público y la sociedad tienen que tomar, o sea, antes de la destrucción la población involucrada tiene que ser oída, pues el cambio tiene que ser favorable a ella, eso porque se borra la identidad que tomó años para ser forjada. Pero el inicio de otra ciudad, para las generaciones futuras, también será construida por sus padres y ni todo será perdido, pues el patrimonio inmaterial sigue con las personas humanas. Muchas veces, algunos bienes deben ser sacrificados por un bien mayor. Ese conjunto de bienes, actualmente nombrado por patrimonio cultural, debe ser respetado y comprendido.

### 3. CONCEPTOS RELACIONADOS A LA IDEA DE PATRIMONIO CULTURAL

Antes de identificar y conceptualizar la idea del patrimonio cultural, primordial es el entendimiento de lo que sea cultura. Laraia, en una investigación en profundidad en el tema, compila algunos autores que definieron, en sus épocas, el concepto de cultura. Describe por lo tanto el autor, que mismo antes Edward Tylor (1832-1917)<sup>11</sup>; John Locke<sup>12</sup>, en su “Ensayo Acerca del Entendimiento Humano”, en 1690, escribe que “la cabeza humana es caja vacía

10 Art. 1º La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I- la soberanía; II- la ciudadanía; III- la dignidad de la persona humana; IV- los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; [...] (BRASIL, 1988)

11 Edward Burnett Tylor, nació el 2 de octubre de 1832, en Camberwell, Inglaterra. Su padre era un próspero fundidor de latón, que por aquel entonces la familia de clase media se había fortalecido y en otras enriquecidos. Debido a que algunas universidades de Gran Bretaña estaban abiertas sólo para los miembros de la iglesia, lo cual no puede estudiar en la universidad, y lo conlleva a trabajar con su padre.

Edward Burnett Tylor es considerado uno de los principales antropólogos creadores de la teoría del evolucionismo cultural. Fue uno de los que dejó una huella profunda en la *etnología de la religión* y la *etnología del parentesco*, aunque abarcó casi todos los aspectos de la vida social de los pueblos que él denominó arcaicos. Sus aportes fueron tan importantes que su definición de cultura aún es utilizada y/o consultada por disímiles especialistas para estudiar diversas realidades. Entre las obras de este autor se encuentran: *Investigaciones en la historia antigua de la humanidad y en el desarrollo de la civilización* (*Researches into the Early History of Mankind and the Development of Civilization* –1865); *La Cultura Primitiva* (*Primitive Culture* –1871); *Anthropology* (1881). (ESPAÑA, Eured, 2018).

12 John Locke. Nació en Wrington (cerca de Bristol), Inglaterra, el 29 de agosto de 1632. Estudió en Westminster y en Oxford. Fue profesor de Moral y ocupó cargos en la Cámara de Comercio y en el Ministerio de Hacienda de su país. Aunque su especialidad era la Medicina y mantuvo relaciones con reputados científicos de la época (como Isaac Newton), John Locke fue también diplomático, teólogo, economista,

por ocasión del nacimiento con capacidad ilimitada de obtener conocimiento” (2009, p. 26). Por su vez, informa aún el autor, que Jacques Turgot<sup>13</sup> (1727-1781), en su “Plan para Dos Discursos sobre la Historia Universal” concluye que el hombre es “Poseedor de un tesoro de signos que tiene la facultad de lo multiplicar infinitamente” (2009, p.27). Turgot asegura, en las palabras de Laraia, que “el hombre es capaz de asegurar la retención de sus ideas eruditas, comunicarlas para otros hombres y transmitir las para sus descendientes como una herencia siempre creciente” (2009, p.27).

Laraia se rinde al concepto de Turgot, y explicita que si la palabra “erudito” fuera retirada del concepto quedaría perfecto, hasta mismo para los días de hoy, teniendo en vista que tanto las ideas eruditas y las ideas sencillas tienen su valor en la identidad del hombre.

Pero fue definido por primera vez el concepto de cultura, según Laraia, por el inglés Edward Tylor (1832-1917) en el cual explicó que cultura es “todo complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres o cualquiera otra capacidad o hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad” (2009, p. 25). Esclarece el autor que tras el concepto de Tylor una infinidad de otros han sido criados. A ejemplo de eso, según Laraia, se puede citar el concepto de Franz Boas<sup>14</sup> (1858-1949): “La herencia genética del hombre nada tiene que ver con sus acciones y pensamientos, pues todos sus actos y pensamientos, dependen enteramente de un proceso de aprendizaje” (2009, p. 38). Este concepto vino rebatir otras posiciones que consideraban la cultura como herencia genética, todavía estudios muestran que el medio en el cual el hombre se desenvuelve es fundamental para su formación como persona.

Laraia afirma que “El hombre es el resultado del medio cultural en que fue socializado”. De este modo él es un “heredero de un largo proceso acumulativo, que refleja el conocimiento y la experiencia adquiridas por las numerosas generaciones que lo antecedieron” (2009, p.54). Laraia, aún apunta el antropólogo francés Claude Levi-Strauss<sup>15</sup>. A respeto de la cultura, él afirma que ella surgió cuando el hombre se ha convenido la primera regla, la primera norma. (LARAIA, 2009, p. 54).

---

profesor de griego antiguo y de retórica, y alcanzó renombre por sus escritos filosóficos, en los que sentó las bases del pensamiento político liberal.

Influyó de forma determinante en las ideas de la Revolución Gloriosa y la Declaración de Derechos Británica de 1689. Locke fue uno de los grandes ideólogos de las elites protestantes inglesas que, agrupadas en torno a los whigs, llegaron a controlar el Estado en virtud de aquella revolución; y, en consecuencia, su pensamiento ha ejercido una influencia decisiva sobre la constitución política del Reino Unido hasta la actualidad. Defendió la tolerancia religiosa hacia todas las sectas protestantes e incluso a las religiones no cristianas; pero el carácter interesado y parcial de su liberalismo quedó de manifiesto al excluir del derecho a la tolerancia tanto a los ateos como a los católicos (siendo el enfrentamiento de estos últimos con los protestantes la clave de los conflictos religiosos que venían desangrando a las islas Británicas y a Europa entera). (ESPAÑA, Ecured, 2018). Disponible en: [https://www.ecured.cu/Edward\\_Burnett\\_Tylor](https://www.ecured.cu/Edward_Burnett_Tylor). Acceso: 28 maio.2018.

13 Jacques Turgot. Nació en París, Francia el 10 de mayo de 1727, hijo de Michel-Étienne Turgot, preboste de los comerciantes de París, y de Madeleine Françoise Martineau. Nacido en el seno de una familia de notable experiencia política. Fallecimiento 18 marzo 1781. (ESPAÑA, Ecured, 2018).

14 Franz Boas. Fue un antropólogo estadounidense de origen alemán, quien fundó el primer departamento universitario de Norteamérica ( en la Universidad de Clark, en 1988), y él mismo fue una especie de empujado a través del cual pasó toda la antropología norteamericana entre su juventud del siglo XIX y su madurez del siglo XX. Nació, Minden, Westfalia, 9 de julio de 1858, Alemania – hecho importante en la historia del tema, que hizo que la influencia francesa entrara después en la antropología americana. Su familia era activamente liberal, inactivamente judía. Su padre era un hombre de negocios con éxito; su muy idealista (su propia descripción) madre, activa en asuntos cívicos. (ESPAÑA, Ecured, 2018).

15 Claude Levi-Strauss. Uno de los principales teóricos del estructuralismo. Su pensamiento sociológico debe mucho al Marxismo y a la metodología lingüística. En sus principales obras enlaza el estudio de los signos de la vida social con el de las sociedades primitivas. Su obra teórica lo posiciona como el padre de la antropología moderna, el mayor etnólogo del siglo XX y uno de los principales intelectuales. Su principal logro fue el de introducir el análisis estructural, el que Ferdinand de Saussure aplicó a la lingüística, en las ciencias humanas. (ESPAÑA, Ecured, 2018).

Se nota que los conceptos creados por todos los investigadores tienen en común el aprendizaje, la vivencia en su ambiente que irremediamente será transferido para generación futura de algún modo. Y lógicamente, de algún modo será cambiado. La realidad es que el hombre es el único ser capaz de crear, vivenciar y transmitir cultura. Su capacidad de comunicación oral es de crear y fabricar instrumentos para su utilización son incontables. No existe ningún otro ser en la tierra con esa capacidad. Se puede cuestionar que otros animales tengan desarrollado habilidades en la utilización de algunos instrumentos para su sobrevivencia, pero, definitivamente no poseen la sofisticación desarrollada por el hombre.

Este capítulo puede ser resumido en el pensamiento de Geertz, o sea, “no existe lo que llamamos de naturaleza humana independiente de la cultura” (2017, p. 35). Es aún más profundo cuando el autor muestra que la cultura es mucho más importante que nuestra genética: “Lo que nos pasó en la Era Glacial es que fuimos obligados a abandonar la regularidad y la precisión del control genético detallado sobre nuestra conducta en favor de la flexibilidad y adaptabilidad de un control genético más generalizado sobre ella, aunque no menos real” (2017, p. 35). De ese modo el hombre tuvo que ir mucho más allá de su condición genética para sobrevivir como hombre cultural.

En esa estera complementa Geertz: “Para obtener la información adicional necesaria en el sentido de actuar, hemos sido obligados a depender cada vez más de fuentes culturales – el hondo acumulado de símbolos significantes” (2017, p. 35). Por eso, los bienes culturales deben ser resguardados por toda la legislación, y que los países puedan tornarlas eficaces y eficientes, porque estará protegiendo el hombre humano, la humanidad. Esta es realmente la riqueza la cual no hay manera de mensurarla, y no se puede perderla.

Para arrematar con Geertz, se rescata lo que él aduce sobre los símbolos: “Tales símbolos son, por lo tanto, no solo simples expresiones, instrumentalidad o correlatos de nuestra existencia biológica, psicológica y social: ellos son sus pré-requisitos. Sin los hombres ciertamente no habría cultura, pero de modo semejante, sin cultura no habría hombres” (2017, p. 36). Por todo eso que la cultura es un patrimonio humano.

¿Pero cuál el significado del término patrimonio? ¿De dónde proviene? En esta ceara, Françoise Choay revela que el término, en su origen, estaba relacionada a las “estructuras familiares, económicas y jurídicas de una sociedad estable, enraizada en el espacio y en el tiempo”<sup>16</sup>. Y cuanto al patrimonio histórico, explica la autora,

Patrimonio histórico. La expresión designa un bien destinado al usufructo de una comunidad que se amplió a dimensiones planetarias, constituido por la acumulación continua de una diversidad de objetos que se congregan por su pasado común: obras y obras-primas de las bellas-artes y de las artes aplicadas, trabajos y productos de todos los saberes y *savoir-faire* de los seres humanos.<sup>17</sup>

La autora va en el cerne de la cuestión, cuando se inició la preocupación europea con el patrimonio histórico. En la actualidad, el patrimonio pasó a ser estudiado no solo en su aspecto material, o sea, con la preocupación con monumentos, objetos de arte, sino la visión de protección y preservación se tornó más amplia. Esta amplitud del patrimonio cultural lo subdividió en patrimonio material y inmaterial.

16 CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Trad. Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 11.

CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Trad. Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.

17 CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Trad. Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 11.

El patrimonio cultural revela un valor inmensurable de bienes materiales e inmateriales. Conceptuar esos bienes no es trabajo simple, pero así lo hizo Paulo Affonso Leme Machado,

[...] El patrimonio cultural representa el trabajo, la creatividad, la espiritualidad y creencias, el cotidiano extraordinario de generaciones anteriores, delante de lo cual las generaciones presentes tendrán que admitir un juicio de valor, diciendo lo que querrá conservar, cambiar y hasta derribar. Ese patrimonio es recibido sin mérito de la generación que lo precedió. Pero no seguirá a existir sin su apoyo. El patrimonio cultural debe ser fruido por la generación presente sin perjudicar la posibilidad de fruición de la generación futura.<sup>18</sup>

Caracterizar el patrimonio cultural en bien material o inmaterial es necesario buscar el cimiento de este derecho, y como clasificarlo en material o inmaterial. A bien de la verdad, el Decreto-Ley 25/37, en el Brasil, como se verá adelante, introdujo el concepto de bienes móviles e inmóviles mientras patrimonio cultural, pero no logró los bienes inmateriales.

Ese discernimiento vino con la Constitución de 1988, aún es importante ver como este desenvolvimiento ocurrió en el constitucionalismo brasileiro, el que será desarrollado en el ítem a seguir. Pero en este momento es importante comprender que las denominaciones patrimonio cultural y bienes culturales son equivalentes. El concepto aparece en la Convención de Haia en 1954<sup>19</sup>, cuando trata de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y después en las demás Convenciones de la UNESCO referentes a la protección cultural. Según Nabais las expresiones deben ser consideradas sinónimas, porque “la expresión bienes culturales, no es, efectivamente, más del que una otra manera de perspectivar el patrimonio cultural” (2010, p.20). Por lo tanto, a partir de dos perspectivas pueden ser comprendidas “de dos modos de encarar la misma realidad: la primera, en su globalidad; la segunda, en sus elementos o componentes constitutivos”<sup>20</sup>.

Teniendo por lo tanto definido, en este trabajo, que el patrimonio cultural y bienes culturales tienen el mismo significado, es importante comprender, en el giro constitucional brasileiro cuales los valores humanos que fueron tutelados.

#### **4. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Una visión general del constitucionalismo brasileiro, en la materia sobre la protección del patrimonio cultural, es importante para comprenderse la evolución y transformación de esos valores en la sociedad brasileira. Por ejemplo, la Constitución otorgada de 1824 no dispuso ningún artículo cuanto a la protección del patrimonio cultural. Del mismo modo la Constitución de 1891, de un gobierno democrático, no se preocupó con la materia. Fue solo en 1923, que el Diputado pernambucano, Luiz Cedro, en proyecto de ley, sugirió la creación de una Inspectoría de Monumentos Históricos, pero en la época no obtuvo éxito. Sin embargo, en 1928 fue editada la Ley estadual n. 1.998 que creó la Inspectoría de Monumentos, así como en 1927, fue creada la Inspectoría Estadual de Monumentos Nacionales en Bahia.

Luego del surgimiento de esos órganos, hubo cierta preocupación con el patrimonio cultural brasileiro y, en 1930, el municipio de Ouro Preto, la primera capital de Minas Gerais, fue considerada como Monumento Nacional.

---

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1032.

19 Convención y Protocolo para La Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado. (Unesco, 1954).

20 NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito Do Património Cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 20.

La Constitución de 1934, por su vez, trató específicamente del tema en su art. 10, inciso III: “[...] Art. 10. Compete concurrentemente a la Unión y a los Estados: [...] III- proteger las bellezas naturales y los monumentos de valor histórico o artístico, pudiendo impedir la evasión de obras de arte.”<sup>21</sup>

La Constitución de 1937 tuvo una preocupación mayor en la elaboración del tema y estableció en su art. 134: “Los monumentos históricos artísticos y naturales, así como los paisajes o los locales particularmente dotados por la naturaleza, gozan de la protección y de los cuidados especiales de la Nación, de los Estados y de los Municipios. Los atentados contra ellos cometidos serán equiparados a los cometidos contra el patrimonio nacional”<sup>22</sup>.

En ese mismo año, fue editado el Decreto-Ley 25 que reglamentó el patrimonio cultural. Este Decreto Ley establece cuestiones, principalmente, referentes al tumbado, pero sin ninguna manera de participación democrática, lo que era una carencia debido el régimen militar del gobierno de la época. Se debe señalar que ese Decreto aún vigente en el Brasil, mismo siendo considerado poco democrático por varios doctrinadores.

La Constitución de 1946 trajo en su estructura, totalmente sin efectividad, los arts. 174 y 175, que establecían: “174. El amparo a la cultura es deber del Estado” y el 175: “Las obras, monumentos y documentos de valor histórico y artístico, bien como los monumentos naturales, los paisajes y los locales dotados de particular belleza, quedan bajo la protección del Poder Público.” Todavía, artículo el 175 incluyó la protección de los documentos de valor histórico que no hacía parte de la protección en las constituciones anteriores, siendo considerado un avance para la época.<sup>23</sup>

También la Constitución de 1967 repitió la norma de la Constitución de 1937, que se mantuvo sin aplicabilidad, en su art. 172: “El amparo a la cultura es deber del Estado. Párrafo único. Quedan bajo la protección especial del Poder Público los documentos, las obras y los locales de valor histórico o artístico, los monumentos y los paisajes notables, bien como los yacimientos arqueológicos”<sup>24</sup>

Se nota que es la primera vez que la Ley Fundamental aborda el tema sobre la protección arqueológica, pero sigue especificando los monumentos y los paisajes que sean notables, esta fue la contribución del régimen militar. Aún, no existe una explicación de lo que sea notable y esta clasificación desmerece otros paisajes que no sean notables, pero que pueden ser importantes para la sociedad. Esta caracterización de notable fue por mucho tiempo incluida en todo el constitucionalismo brasileiro, hasta que se valorase también la simplicidad con valor de identidad.

La Emenda Constitucional 01/69 que modificó la Constitución de 1967 mantuvo la misma redacción. Se constata, por lo tanto, que el constitucionalismo brasileiro desarrolló lentamente la preocupación con la protección del patrimonio cultural, y mantuvo durante mucho tiempo el concepto de patrimonio que disponía el art. 1º del Decreto-Ley 25 de 1937, o sea:

Art. 1º- Constituye patrimonio histórico y artístico nacional el conjunto de los bienes móviles e inmóviles existentes en el País y cuya conservación sea de interese público, quiera por vinculación a hechos memorables de la historia del Brasil, quiera por su “excepcional” valor arqueológico o etnográfico, bibliográfico o artístico.<sup>25</sup>

21 CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 665.

22 CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 601.

23 CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 496.

24 CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 417.

25 BRASIL. *Decreto-Lei 25 de 1937*.

Se verifica que en el artículo supra citado es utilizado a denominación establecida por las constituciones de 1934, 1937, 1946 y 1967, o sea, “patrimonio histórico y artístico nacional”. Sin embargo, la Constitución Federal de 1988 substituyó esa nomenclatura por “patrimonio cultural brasileiro”, que tiene un sentido mucho más abarcador en términos de protección a la cultura brasileira. Consecuentemente, la expresión “excepcional” también perdió la validez pues existen expresiones y formas de vida que deben ser protegidas sin ser consideradas extraordinarias. Muchas veces, la simplicidad es lo que debe ser protegido y rescatado cuando portadores de referencia a la identidad, a la acción y a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad. Por eso, es importante destacar lo que fue establecido en la Constitución de la República de 1988.

#### *4.1. EL PATRIMONIO CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988*

Ubicar la raíz de la protección del patrimonio cultural en el Brasil no es difícil. El medio ambiente puede ser dividido, didácticamente, en ambiente natural, artificial y cultural. Esto quiere decir que el patrimonio es tutelado, mediatamente por el art. 225, de la Constitución de 1988 y inmediatamente por los arts. 215 e 216<sup>26</sup> también constantes de la Constitución de la República.

La Constitución por primera vez conceptúa patrimonio cultural, de modo más amplio, o sea, al hablar de ‘valor histórico’, que puede ser individual o en conjunto, desde que portadores de referencia o identidad. Demuestra la Constitución del País a real valorización del que es más significativo para todos sus ciudadanos, la identidad cultural. Esta identidad es aquel valor que nos hace sentir como únicos en el mundo, el sentimiento de perteneciente.

Para comprender el art. 216, y por lo tanto, el que es patrimonio cultural, se debe entender primeramente la relación jurídica existente entre la necesidad de la persona humana y lo que sea ‘bien’. Este bien se divide en dos maneras: Bien, una condición material y bien: una condición inmaterial.

---

26 Art. 215. El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales. § 1º El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileras, y de las de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional. § 2º La ley dispondrá sobre la fijación de fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales. § 3º La ley establecerá el Plan Nacional de Cultura, de duración plurianual, visando al desenvolvimiento cultural del País y a la integración de las acciones del poder público que conducen a: I defesa y valoración del patrimonio cultural Brasileiro; II producción, promoción y difusión de bienes culturales; III formación de personal calificado para la gestión de la cultura en sus múltiples dimensiones; IV democratización del acceso a los bienes de cultura V valorización de la diversidad étnica y regional.

Art. 216. Constituyen patrimonio cultural brasileiro los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileira, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresión; II - los modos de crear, hacer y vivir; III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV - las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales; V - los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico. § 1º El Poder Público, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileiro, por medio de inventarios, registros, vigilancia, tumbado y desapropiación, y de otras formas de precaución y preservación. § 2º Caben a la administración pública, en la forma de la ley, la gestión de la documentación gubernamental y las providencias para franquear su consulta a cuantos de ella necesiten. § 3º A ley establecerá incentivos para la producción y el conocimiento de bienes y valores culturales. § 4º Los daños y amenazas al patrimonio cultural serán punidos, en los moldes de la ley. § 5º Quedan tumbados todos los documentos y los sitios detentores de reminiscencias históricas de los antiguos quilombos. § 6º Es facultado a los Estados y al Distrito Federal vincular a fondo estadual de fomento a la cultura hasta cinco décimos por ciento de su receta tributaria líquida, para el financiamiento de programas y proyectos culturales, vedada la aplicación de esos recursos en el pago de: I - gastos con personal y encargos sociales; II - servicio de la divida; III - cualquier otro gasto corriente no vinculado directamente a los investimentos o acciones apoyados.

Esos bienes están fundados en tres bases: En su naturaleza jurídica que es bien de uso común del pueblo, o sea, bien difuso, art. 225 *caput*, C.F. En segundo lugar, fundado en el orden económico del capitalismo, art. 170 *caput*, C.F., que inevitablemente está enganchado al desenvolvimiento sustentable y, por fin, el patrimonio cultural que envuelve la participación del Estado Democrático de Derecho, art. 1º, inciso III, da C.F, o sea, la dignidad de la persona humana.

En ese trípode fundamental, de lo cual se conceptúa el patrimonio cultural, no hay como comprenderlo tutelado por el Decreto-Ley 25/37, pues el art. 216 de la C.F., define jurídicamente lo que es ese patrimonio, los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a él. Por lo tanto, en este momento es importante comprender, y diferenciar lo que se entiende por patrimonio cultural material e inmaterial.

#### 4.2. PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL

La categoría de patrimonio cultural material puede ser entendido como aquellos bienes palpables, tangibles. El medio ambiente artificial, construido por el hombre es ejemplo. Es la interpretación más substancial para este bien. Por lo tanto, son aquellos bienes imaginados, proyectados por el hombre como los equipamientos públicos, documentos, monumentos y también aquellos conjugados del hombre y de la naturaleza.

La Convención de la UNESCO, para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, ya en 1972, tuvo la preocupación en definir lo que sea ese patrimonio cultural material y así lo hizo:

##### I. Definición de Patrimonio Cultural y Natural

###### Artigo 1

Para los fines de la presente Convención, son considerados “patrimonio cultural”:

- 1- los monumentos: obras arquitectónicas, esculturas o pinturas monumentales, objetos o estructuras arqueológicas, inscripciones, grutas y conjuntos de valor universal excepcional del punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, - los conjuntos: grupos de construcciones aisladas o reunidas, que, por su arquitectura, unidad o integración al paisaje, tiene valor universal excepcional del punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,
- 2- los sitios: obras del hombre u obras conjugadas del hombre y de la naturaleza, bien como áreas, que incluyen los sitios arqueológicos, de valor universal excepcional del punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.<sup>27</sup>

Se percibe que en esa época aún no existía la protección del patrimonio cultural inmaterial y solo recientemente fue contemplado, en la palta de la UNESCO una convención que privilegiase este bien tan importante. Y será en este ámbito que se compararse a la legislación española con la brasilera, en la cual aquella solo trajo a luz la preocupación con este bien, de forma general, en 2015, juntamente con muchas críticas por su contenido resumido.

#### 4.3. PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA-PCIB: LA FIESTA DE LA VAQUEJADA

Al contrario del entendimiento del patrimonio material, el patrimonio cultural inmaterial es aquel referente a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasilera, como dispone el art. 216, C.F. Esos bienes pueden ser ejemplificados

<sup>27</sup> UNESCO. *Convenção para o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, 1972.

con las músicas regionales, las formas diversificadas de religión del país, las comidas regionales entre tantos modos de crear, hacer y vivir de una Nación. Son aquellos bienes, vivos, intangibles y que forjan la vida humana y siguen siendo actualizados por las generaciones futuras. Por lo tanto, es algo vivo y dinámico y sujeto a la evolución constante. Esta modificación puede llegar al punto de extirparla del convivio de la sociedad un ejemplo extremado, fueron las luchas de gladiadores en la antigüedad.

Ese era un contexto totalmente diferente de la actualidad, pero hasta hoy tiene sus remanecientes. Vea que el ayuntamiento de Roma fue obligado, en 2016, a vetar cualquier actividad que prevea la disponibilidad de ser retratado, como gladiador, en vestimentas históricas en fotografías o vídeos en cambio de dinero<sup>28</sup>. El objetivo del acto fue de preservar la seguridad y el decoro del patrimonio artístico, histórico y monumental de la ciudad reconocido por la UNESCO. Obviamente que las modificaciones en hábitos y fiestas de una sociedad deben ser consensual para aquellos que las viven. Todavía, el cambio es muy bienvenido cuando la violencia está ínsita en la práctica deportiva o en fiestas.

Con esa vertiente la UNESCO elaboró la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en 2003, en la cual define:

Artigo 2: Definiciones

Para los fines de la presente Convención,

1. Entiéndase por “patrimonio cultural inmaterial” las prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas - junto con los instrumentos, objetos, artefactos y lugares culturales que les son asociados - que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es constantemente recriado por las comunidades y grupos en función de su ambiente, de su interacción con la naturaleza y de su historia, generando un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así para promover el respeto a la diversidad cultural y a la creatividad humana. Para los fines da presente Convención, será llevado en cuenta solo el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto al desenvolvimiento sustentable.<sup>29</sup>

La UNESCO al reconocer que la globalización tiene una inserción muy grande en los parámetros sociales y provoca, muchas veces, transformaciones en las maneras de crear, hacer y vivir de la comunidad, establece medios para que no haya la deterioración, desaparecimiento y destrucción de esos valores, y mucho menos que no sean transformados. Esa transformación ocurre de modo natural teniendo en vista que son valores vivos y siempre transformados.

Con la misma vertiente, en el Brasil, en 2000, fue editado el Decreto n. 3.551 que instituyó el Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial. Pero, este decreto se prestó, básicamente en establecer las formas de registro de los bienes considerados inmateriales en el Brasil. Hasta mismo un concepto, mismo que general de esos bienes no ha sido desarrollado.

Por lo tanto, el Decreto establece los siguientes libros de registros para la protección designada: 1- Libro de Registro de los Saberes; 2- Libro de Registro de las Celebraciones; 3- Libro de Registro de las Formas de Expresión y 4- Libro de Registro de los Lugares. Lógicamente que deberá ser llevado en consideración, para inscripción en cualquier de esos libros, la continuidad histórica, que tenga relevancia nacional para la memoria, la identidad y la formación de la sociedad brasilera. La propuesta para el registro, así como la instrucción de los procesos

---

28 BRASIL. Metr pole, 2016a.

29 UNESCO. *Conven o para a Salvaguarda do Patrim nio Cultural Imaterial*, Paris 2003.

de registro quedaran bajo responsabilidad del Instituto del Patrimonio Histórico Cultural y Artístico Nacional – IPHAN.

Aún, hay que llevarse en consideración la dificultad de una separación radical de lo que sea bien material y bien inmaterial o intangible. Esto ocurre porque no hay como separarlos totalmente, como explica Miranda porque a pesar de ser una división tradicional, por lo menos didácticamente, “en su formación normalmente los aspectos tangibles e intangibles siempre se conjugan, o sea, tales elementos no son cosas absolutamente estanques”<sup>30</sup>.

Tratándose objetivamente del patrimonio cultural inmaterial es importante explicitar, en este rato, la modificación ocurrida en el art. 225 de la Constitución Federal de 1988. La Constitución fue modificada por medio de la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017, la cual incluyó en el art. 225 el párrafo 7<sup>o</sup><sup>31</sup>. Este párrafo establece que no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilizan animales, y aún clasifica esa práctica como un bien cultural inmaterial, como previsto en los artículos 215 y 216 de la C.F. Todavía, el embrollo sobre este párrafo debe ser explicado, y será hecho de una manera bien resumida. Ocurrió que el Estado de Ceará editó la Ley 15.299 en 2013 la cual consideraba la vaquejada como una actividad deportiva cultural.

No habría ningún problema esa caracterización se no existiera en la Constitución Federal de 1988, el art. 225, inciso VII que establece: “[...]proteger la fauna y flora, vedadas, en el molde de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica provoquen la extinción de la especie o sometan los animales a crueldad”<sup>32</sup>.

Habiendo, por lo tanto, la previsión constitucional de protección contra crueldad a los animales, la Ley 15.299/13 fue considerada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup> en

30 MIRANDA, Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro- Doutrina, Jurisprudência, Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 57.

31 [...] § 7º Para fines do disposto na parte final do inciso VII do § 1º de este artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 de esta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 1988)

32 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*.

33 El Pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) juzgó procedente la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4983, ajusticiada por el procurador general de la República contra la Ley 15.299 / 2013, del Estado de Ceará, que regula la vaquejada, como práctica deportiva y cultural estado. La mayoría de los ministros acompañaron el voto del relator, ministro Marco Aurelio, que consideró haber “crueldad intrínseca” aplicada a los animales en la vaquejada. El juicio de la materia comenzó en agosto de 2015, cuando el relator, al votar por la procedencia de la acción, afirmó que el deber de protección al medio ambiente (artículo 225 de la Constitución Federal) se superpone a los valores culturales de la actividad deportiva. El juicio de la materia comenzó en agosto de 2015, cuando el relator, al votar por la procedencia de la acción, afirmó que el deber de protección al medio ambiente (artículo 225 de la Constitución Federal) se superpone a los valores culturales de la actividad deportiva. En su voto, el ministro Marco Aurelio afirmó que laudos técnicos contenidos en el proceso demuestran consecuencias nocivas para la salud de los animales: fracturas en las patas y rabo, ruptura de ligamentos y vasos sanguíneos, eventual arrancamiento del rabo y compromiso de la médula ósea. También los caballos, de acuerdo con los laudos, sufren lesiones. Para el relator, el sentido de la expresión “crueldad” constante en el inciso VII del artículo 225 de la Constitución Federal alcanza la tortura y los malos tratos infringidos a los toros durante la práctica de la vaquejada. Así, para él, se revela “intolerable la conducta humana autorizada por la norma estatal atacada”. En la misma ocasión, el ministro Edson Fachin divergió del relator y votó por la improcedencia de la acción. Para él, la vaquejada consiste en manifestación cultural, lo que fue reconocido por la propia Procuraduría General de la República en la petición inicial. Este entendimiento fue seguido, también en aquella sesión, por el ministro Gilmar Mendes. En la sesión del 2 de junio de este año, los ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber y Celso de Mello siguieron al ponente. Los ministros Teori Zavascki y Luiz Fux siguieron la divergencia, en el sentido de la validez de la ley estadual. El juicio fue retomado en la sesión de este jueves con la presentación del voto-vista del ministro Dias Toffoli, favorable a la constitucionalidad de la ley cearense. Él entendió que la norma no atenta contra ningún dispositivo de la Constitución Federal. “Vejo con claridad solar que esa es una actividad deportiva y festiva, que pertenece a la cultura del pueblo, por lo tanto, hay que ser preservada”, dijo. Según el ministro, en la vaquejada hay técnica, regla y entrenamiento diferenciados, lo que hace la

2016. Sin embargo, para tornar la vaquejada una práctica legal, por medio de un lobby político de la bancada ruralista, que es formada por grande parte de los diputados del Congreso Nacional, aprobó la Enmienda Constitucional 96/2017 incluyendo el § 7º al art. 225.

Acontece que en el Brasil existen otras leyes que corroboran con la protección de los animales como la Ley 9.605/98<sup>34</sup>. Todavía, el lobby fue muy bien aplicado y la Ley que fue considerada inconstitucional, por no corresponder la voluntad del pueblo brasileiro, ahora está perfectamente legal.

Sin embargo, la EC/96 de 2017 evidencia una norma de eficacia limitada, y explícitamente prohibiendo su inmediata aplicación hasta que ley específica viabilice la eficacia plena. Luego, la ley que reglamentará el párrafo 7º tiene que resguardar la seguridad y el bienestar animal, e esto todos quieren saber cómo va a ocurrir pues los laudos técnicos ya demostraron para todos los Ministros del STF que la práctica deportiva es ínsita a la violencia en contra la salud animal.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

No hay dudas de que el constituyente brasileiro vinculó los valores del medio ambiente sano ecológicamente equilibrado con la preservación del patrimonio cultural material e inmaterial. Aunque no estén inseridos en el rol del art. 5º, tales valores están clasificados en la forma de derechos fundamentales. Veá art. 5º, § 2º, de la Constitución de 1988, lo cual reconoce la existencia de derechos fundamentales positivados en otras partes del texto constitucional bien como en tratados internacionales, allá del posible reconocimiento de derechos fundamentales no-escritos y de aquellos decurrentes del régimen y de los principios de la Constitución.

¿Pero cuál la importancia de la constitucionalización del derecho a la cultura? Choay llama la atención para las amenazas que pairan sobre el patrimonio, y a pesar de todos los problemas para el patrimonio cultural sobrevivir no impiden un amplio consenso en favor de su conservación de protección, que son oficialmente defendidas en nombre de los valores científicos, estéticos, memoriales, sociales y urbanos, representados por este patrimonio en las sociedades industriales avanzadas. De modo que este derecho debe ser protegido en la Carta más cultural que existe en cualquier país, o sea, sus constituciones. Así, se preservan los modos de crear, hacer y vivir de un pueblo.

Para comprender la importancia de la cultura para la humanidad varios antropólogos como Edward Tylor, Francis Boas, Jacques Turgot, Clifford Geertz y Claude Levi-Strauss, en pesquisas empíricas, comprobaron que sin la cultura el hombre no existiría. El hombre sería más un animal en el mundo luchando para sobrevivir, pero en virtud de la cultura en que se aprende, transforma y transfiere modos de crear, hacer y vivir este Ser, con su complejidad y simplicidad, transformó todo a su rededor.

Retomando la Constitución brasileira, y los artículos constitucionales que establecieron a la protección del patrimonio cultural nacional, de 1988, se ve que fue pautado por constituciones anteriores las cuales permitieron la mejora de esta, así como también las convenciones

---

actuación exclusiva de vaqueros profesionales. En la sesión de hoy, también votaron los ministros Ricardo Lewandowski, y la presidenta de la Corte, ministra Carmen Lúcia, ambos por la procedencia de la acción. De esta forma, siguieron el relator los ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello y la presidenta de la Corte, ministra Carmen Lúcia. Se han vencidos los Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. (BRASIL, 2016)

34 Practicar acto de abuso, maltrato, herir o mutilar animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos: Pena - detención, de tres meses a un año, y multa. § 1º Incorre en las mismas penas quien realiza experiencia dolorosa o cruel en animal vivo, aunque para fines didácticos o científicos, cuando existan recursos alternativos. § 2º La pena es aumentada de un sexto a un tercio, si ocurre muerte del animal. (BRASIL, 1998)



- RIBEIRO, Wagner Costa; ZANIRATO, Silvia Helena. O Patrimônio Natural sob Proteção. A Construção de um Ordenamento Jurídico. In: Funari, Pedro Paulo et al. (orgs.). *Patrimônio Cultural e ambiental- Questões legais e conceituais*. São Paulo: FAPESP, UNICAMP/NEPAM, 2009.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bienes Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3. ed. ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.
- UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*, Paris 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2019.
- UNESCO. *Convenção para o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, 1972. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-cultural-heritage-list-brazil/#topPage>. Acesso em: 30 maio. 2019.
- UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 20. mar./2019.
- UNESCO. *Convenção para a Proteção de Bienes Culturais em Caso de Conflito Armado*. Haia, 1954. Disponível em: [http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_decreto\\_44851\\_II\\_II\\_1958\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_II_II_1958_por_orof.pdf). Acesso em: 28. maio.2019.



# Los biocarburantes como alternativa energética en el contexto de la Unión Europea y de Brasil

Daniel Amin Ferraz<sup>1</sup>  
e Izabel Rigo Portocarrero<sup>2</sup>  
[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.10](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.10)

## 1. LA CRISIS MEDIOAMBIENTAL

Decir que las condiciones medioambientales están cambiando es afirmar lo obvio. El medioambiente siempre estuvo en constante transformación, y la vida en la Tierra siempre se ha visto afectada por estas transformaciones. ¿Por qué, entonces, este asunto se ha convertido en un tema de especial interés en las últimas décadas? A lo largo de la Historia, los cambios ambientales reflejaron una interacción entre fuerzas atmosféricas y geológicas, con intervenciones poco frecuentes de agentes externos.

En los últimos milenios, sin embargo, la humanidad y el modo en que ésta se relaciona con los recursos del planeta modificaron los entornos naturales. A partir del siglo XX estas transformaciones alcanzaron un carácter global y, si no se opera un cambio radical a corto plazo, es muy probable que sus impactos negativos pongan en peligro la calidad de vida que es, al fin y al cabo, el mayor objetivo del desarrollo económico humano.

El creciente dominio del hombre sobre la naturaleza resulta de una combinación de distintos factores: el crecimiento poblacional, el crecimiento económico y el cambio tecnológico. Estos factores implican una mayor demanda de recursos y servicios. Desde el año 1000 a.C., la población humana ha pasado de 50 millones a 7 mil millones de habitantes, y se espera que alcance los 9.600 millones en 2050 (ONU, 2014, p. 2). De otro lado, si se toma como punto de partida el año 1975, el producto interno bruto mundial ha aumentado de 5.894 billones a 75.544 billones de dólares, y esto en tan solo cuatro décadas (Banco Mundial, 2017).

Este crecimiento poblacional y económico supone la ocupación de los espacios naturales en pos del desarrollo de estructuras urbanas y rurales, además del incremento del vertido de los residuos generados por los sistemas de producción. En el siglo pasado, el cambio tecnológico – impulsado por la competencia económica – transformó los patrones de demanda de

- 
- 1 Mestre en Derecho Empresarial, Universidade de Coimbra, Portugal; Doctor en Derecho Internacional, Universidad de València, España; Profesor Catedrático de Derecho Empresarial, UniCEUB, Brasília, Brasil; abogado. [daniel.amin@afcadvogados.adv.br](mailto:daniel.amin@afcadvogados.adv.br)
  - 2 Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Departamento de Economía Aplicada. Facultad de Derecho.

los recursos naturales y la composición de los subproductos de la producción. Con el tiempo se han creado necesidades más intrusivas y subproductos más nocivos para el medioambiente.

La evidencia más visible de esta transformación se aprecia en el cambio en el uso de la tierra: los ecosistemas naturales se sustituyen por ecosistemas controlados; paisajes naturales, por paisajes urbanos; las necesidades y demandas locales, por necesidades y demandas globales. Como un fenómeno mundial, estos cambios han sido impulsados por una intensa explotación de los recursos y de la producción de alimentos, destinada a las ascendientes necesidades generadas por el crecimiento poblacional y económico.

Los impactos negativos generados afectan al suelo, al agua, al aire y a la biodiversidad, así como a la vida y la salud humanas. Entre sus posibles causas se encuentran las extracciones mineras, la explotación de los bosques, el vertido de desechos en el mar y los ríos, la agricultura y el pastoreo intensivos y, como parte fundamental de todo el proceso productivo, las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) resultantes de la combustión de combustibles fósiles. Como consecuencia de una compleja interacción de procesos que ocurren en distintas escalas geográficas – del plano local al global – y temporales – de corto a largo plazo –, los residuos de estas actividades sobrepasan la capacidad de absorción de la biosfera.

No obstante, teniendo en cuenta el futuro, hay que hacer una pausa para reflexionar hacia dónde se dirige la humanidad y qué factores conducen a esta dirección. Son muchos los que sugieren que el futuro se caracterizará por una menor disponibilidad de energía (Campbell y Laherrère, 1998, p. 78; Aleklett y Campbell, 2003, p. 7; Greene, Hopson y Li, 2004, p. 3; Hallock et al, 2014, p. 1674), con base en el hecho de que las reservas de combustibles fósiles no son más que depósitos limitados y que la humanidad tendrá que adaptarse a un estilo de vida que conlleve menores gastos energéticos. Se considera que las reservas conocidas de petróleo convencional ya alcanzaron su “pico” y que la demanda mundial camina en el sentido contrario, lo que resultará en una colisión entre una creciente demanda y una decreciente provisión de recursos.

Por otra parte, también resulta interesante conocer que algunos consideran que no hay límites al crecimiento, que en el futuro existirán distintas fuentes de energía y tecnologías aún más sofisticadas. Lynch (1999, p. 38), por ejemplo, afirma que las previsiones que apuntan a la extinción de los combustibles fósiles son extremadamente pesimistas y asentadas en metodologías imprecisas. Según el autor, como no se ha agotado todavía completamente ninguna fuente no renovable y tampoco ha sufrido un incremento en sus precios más allá de un corto período de tiempo, la abundancia histórica de los combustibles fósiles sirve de base para prever un futuro plétórico. Otros sugieren que, mientras la disponibilidad y el suministro de energía disminuyen, la humanidad evoluciona hacia un consumo más eficiente, lo que podría efectivamente compensar todos los límites resultantes de la disminución de las provisiones energéticas (IWG, 2000, p. 1.1).

Por último, están aquellos que alegan que la tecnología es el futuro, es decir, que los seres humanos van a desarrollar una solución tecnológica para remediar la disminución de los suministros energéticos, convirtiendo la luz solar, la biomasa, u otro material omnipresente – como el aire –, en energía, lo que resultaría en un suministro prácticamente ilimitado (Maack y Skulason, 2006, p. 52; Penner, 2006, p. 34). Sin embargo, con independencia de la realidad que se proyecte para el futuro, existen limitaciones que deben ser entendidas, o al menos abordadas, si se quiere tener una visión realista de lo que presentará el porvenir.

En un mundo donde los recursos naturales son finitos y los sumideros ambientales tienen una capacidad de absorción restringida, la intensidad de explotación y contaminación hoy establecida en la sociedad es insostenible. Cuando se camina en el sentido de agotar un recurso indispensable, como son los combustibles fósiles, o se sobrecarga la capacidad de absorción de la atmósfera, lo que se espera, tarde o temprano, es un posible colapso. La crisis resultante supone

inevitables calamidades sociales y políticas, de modo que no se puede seguir sobrecargando la biosfera sin antes considerar sus límites y replantear los patrones de consumo y utilización de los recursos naturales.

## 2. LAS ENERGÍAS ALTERNATIVAS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE

Las dos herencias otorgadas por la sociedad moderna a las futuras generaciones más comúnmente reconocidas son el cambio climático y la escasez de energía (Gupta y Tuohy, 2013, p. 3). No obstante, aún no se sabe cuál de ellas cobrará su precio en primer lugar, si es que ya no se manifiestan conjuntamente en los días actuales. El reconocimiento de este doble desafío consagra formalmente la búsqueda de objetivos asociados a las energías renovables para satisfacer la ascendente demanda de energía y reducir los impactos negativos tanto en el ámbito internacional como nacional.

Precisamente, la Agenda 2020 de Desarrollo Sostenible de la ONU, que prevé “adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos” (ONU, 2015, objetivo 13) y el Protocolo de Kioto<sup>3</sup>, derivan en políticas y planes energéticos locales.

Mientras que, por un lado, la crisis energética mundial se atribuye a la disminución sustancial de los depósitos de combustibles fósiles y la volatilidad de los precios mundiales, por otro, el uso intensivo de estos combustibles para la generación de energía resulta en altas emisiones de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) a la atmósfera, con efectos asociados al calentamiento global. En su informe más destacado, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas sugirió que los combustibles fósiles se deberían eliminar por completo hasta 2100 (Pachauri et al, 2014, p. 8). El informe indica que la energía renovable en 2014 representaba alrededor del 30% del suministro mundial de energía y debería aumentar al menos un 80% hasta 2050 si se desea alcanzar el objetivo propuesto.

Entre los principales combustibles fósiles se identifican el carbón, el gas natural y el petróleo. Como muestra el gráfico 1, este último fue el responsable de un 39,9% del consumo global de combustibles en 2014, con una concentración del 64,5% en el sector del transporte (AIE, 2016, p. 28 y 33).

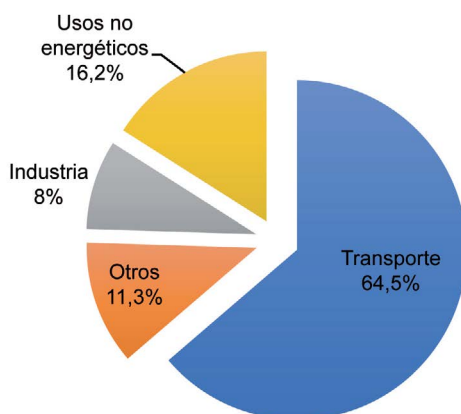


Gráfico 1. Cuotas de consumo mundial de petróleo (2014)

Fuente: AIE, 2016, p. 33.

<sup>3</sup> Basándose en los principios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto compromete a los países industrializados a estabilizar las emisiones de gases de efecto invernadero, a través de la constitución de metas vinculantes de reducción de las emisiones para 37 países industrializados y la Unión Europea, reconociendo que son los principales responsables de los elevados niveles de emisiones de gases de efecto invernadero actualmente existentes en la atmósfera, y que son el resultado de quemar combustibles fósiles durante más de 150 años (ONU, 2017, párr. 1-2).

Por esta razón, a principios del siglo XXI los biocarburantes se reconocieron como la alternativa más atractiva y práctica para reemplazar a los derivados del petróleo en el transporte, ya que pueden utilizar la misma red logística de distribución y no implican cambios muy radicales en las actuales tecnologías. Colectivamente se conocen como “biocarburantes de primera generación” aquéllos producidos a partir de productos alimentarios, y son los únicos disponibles a escala comercial en la actualidad. Considerando que absorben el carbono de la atmósfera en la etapa agrícola de producción, tienen el potencial de compensar las emisiones de CO<sub>2</sub> y mitigar el cambio climático.

### 3. LOS BIOCARBURANTES EN CONTEXTO

Con base en el escenario anteriormente descrito, mundialmente se fijaron metas muy ambiciosas relativas al desarrollo de los biocarburantes y, como resultado, entre 2000-2010 su producción experimentó un incremento significativo (EIA, 2017). En particular, en la Unión Europea (UE), se estableció a través de la Directiva 2009/28/CE<sup>4</sup> un importante objetivo de sustitución de un 10% de combustibles fósiles por fuentes renovables – esencialmente biocarburantes – en el sector del transporte para 2020.

Para cumplirlo, se previó un aumento de la producción doméstica de biodiésel, acompañado de un incremento de la importación de etanol concentrado sobre todo en Brasil (Al-Riffai, Dimaranan y Laborde, 2010, p. 11). Sin embargo, las predicciones chocaron con una amplia controversia a nivel público, político y científico acerca de los impactos negativos ambientales y sociales de los cultivos energéticos, que cambió por completo la perspectiva de los biocarburantes a nivel mundial.

La polémica arrojó dudas sobre la sostenibilidad de la expansión de la demanda de la primera generación de esta energía, que aumenta la presión para intensificar la producción agrícola, generando impactos como la degradación de los suelos, el uso insostenible del agua, la contaminación del aire, la reducción de la biodiversidad, el desplazamiento de poblaciones indígenas y rurales, además de violaciones de Derechos Humanos. Como principal preocupación destaca que mientras los cambios – directos e indirectos – en el uso de la tierra merman el potencial de mitigación de las emisiones de GEI, la competencia con la producción de alimentos amenaza valores humanos básicos (Gallagher, 2008, p. 22).

La amplia controversia instaurada a nivel público y científico acerca de la sostenibilidad de la primera generación de biocarburantes conllevó la necesidad de un enfoque más cauteloso en las políticas de fomento. Así pues, a partir de 2009 el incentivo al consumo y la producción dejó de ser el único foco de estas políticas, suscitando uno de los debates más importantes de la sostenibilidad en la agenda internacional de la energía de la actualidad.

Como resultado, según muestra el gráfico 2, pese al elevado incremento de la producción mundial de biocarburantes entre 2005-2009, con un promedio del 26%, se observó una desaceleración gradual de este crecimiento entre 2010-2014. La misma tendencia se manifestó en relación con el consumo, por lo que mientras entre 2005-2009 el promedio fue de un 30%, entre 2010-2014 este se redujo a un 4% (EIA, 2017).

---

4 DOUE L 140/16, de 5 de junio de 2009.

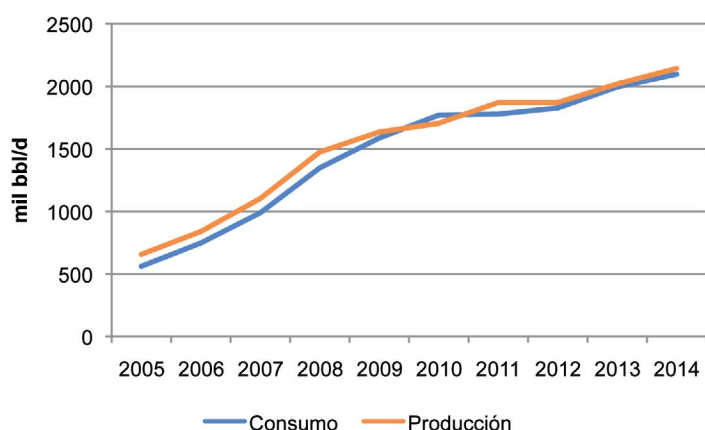


Gráfico 2. Consumo y producción mundial de biocarburos (2005-2014)

Fuente: EIA, 2017

El continente americano se distingue como principal productor y consumidor, con especial destaque para el etanol de Estados Unidos y Brasil, pero casi la totalidad de esta producción es absorbida por su propio mercado. En relación con los demás continentes, se aprecia que el consumo fue superior a la producción entre 2005-2010, pero se perfila una clara tendencia de acercamiento de los indicadores entre 2010-2014, que apunta a una autonomía de la industria de biocarburos en las principales regiones consumidoras del mundo (EIA, 2017).

La necesidad de lograr dicha autonomía es una consecuencia directa de la ausencia de consolidación en el mercado internacional de biocarburos. A tal efecto, se requerirían grandes productores y exportadores mundiales de etanol y biodiésel para que fuera posible garantizar un comercio internacional seguro y regular de los productos, pero gran parte de la producción – el 76% – se aglutina en tan solo un continente – América –, en el cual también está concentrado el 75% del consumo (EIA, 2017).

En vista de la ausencia de solidificación, este mercado se somete a las inestabilidades relacionadas con el dinamismo de la economía mundial, la tasa de cambio, el precio del petróleo y las barreras en los mercados de importación. Por esta razón, la polémica generada en torno a la sostenibilidad de la producción de la primera generación de biocarburos no solo afectó a la producción y consumo a nivel mundial, sino también a toda la estructura política de fomento de esta fuente de energías renovables.

#### 4. LOS BIOCARBURANTES EN LA UNIÓN EUROPEA

A nivel europeo, en el período comprendido entre la publicación de la Directiva 2003/30/CE<sup>5</sup>, relativa al fomento del uso de combustibles renovables en el transporte, y de todas las comunicaciones que antecedieron la entrada en vigor de la disposición normativa que la sustituyó, la Directiva 2009/28/CE – la Directiva de Energías Renovables –, el tema de la sostenibilidad de la producción empezó a formar parte de la pauta de interés de la Comisión Europea tras el impulso dado por informes de institutos de investigación y notas críticas provenientes de organismos no gubernamentales (Grinsven, 2009, p. 37). En tal sentido, la Directiva de Energías Renovables se alzó como instrumento pionero de control extraterritorial de la sostenibilidad de los biocarburos (Afionis y Stringer, 2012, p. 114).

<sup>5</sup> DOUE L 123/42, de 17 de mayo de 2003.

Con el propósito de controlar los efectos negativos de la producción de esta fuente energética, esta Directiva impone el cumplimiento de criterios dispuestos en un meta-estándar y verificados sobre todo a través de instrumentos de certificación reconocidos por la Comisión Europea, principalmente porque estos ofrecen la garantía de que el producto se podrá comercializar con todos los Estados miembros. A finales de 2014, había 19 regímenes voluntarios de certificación reconocidos por la Comisión.

La transposición de esta Directiva a la legislación nacional tuvo lugar en 2010 y los datos de Eurobserv'er (2015) apuntan a que el instrumento normativo ha logrado una repercusión positiva en la sostenibilidad de estos combustibles alternativos, ya que en 2014 el 92% de los biocarburantes consumidos en la UE se habían certificado, pese a que el crecimiento del consumo de esta fuente en los Estados miembros empezara a disminuir de modo gradual entre 2009-2014, respecto del crecimiento experimentado entre 2003-2008 (gráfico 3).

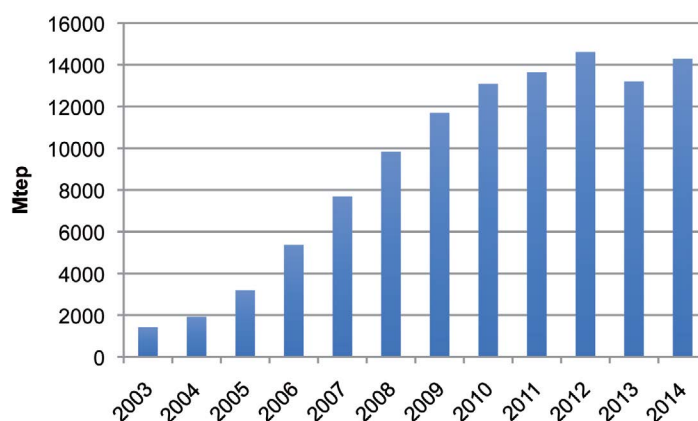


Gráfico 3. Evolución del consumo de biocarburantes en la UE (2003-2014)

Fuente: Eurobserv'er, 2015

Por ello, el progreso hacia el objetivo de sustituir un 10% de los combustibles fósiles alcanzó una reducida cuota del 6% en 2014 (COM 2017, p. 8). Se percibe como causa principal de este fracaso el largo debate normativo relacionado con el impacto indirecto de las emisiones de gases de efecto invernadero de los biocarburantes, con la adopción en 2015 de la Directiva (UE) 2015/1513, que modificó parcialmente a la Directiva 2009/28/CE, limitando la participación de la primera generación de biocarburantes a un 7% del objetivo global. Estos cambios normativos evidencian el potencial de producir efectos tanto positivos como negativos del control de la sostenibilidad a nivel global en el consumo de energías renovables.

## 5. LA INDUSTRIA DEL ETANOL EN BRASIL Y LAS EXPORTACIONES A LA UE

En el año 2008, las exportaciones del etanol brasileño representaban el 81% de las importaciones europeas del biocarburante. En tal escenario, Brasil era el principal exportador de etanol en la UE. Como se puede observar en el gráfico 4, en el período de puesta en vigor e implementación de la Directiva 2009/28/CE – 25 de junio de 2009 y 5 de diciembre de 2010, respectivamente –, la importación de etanol en la UE experimentó un crecimiento acentuado. Sin embargo, las exportaciones de Brasil en el mismo periodo experimentaron una reducción progresiva.

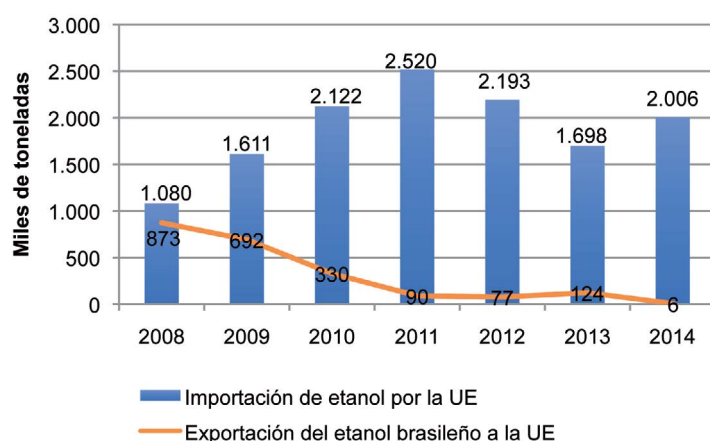


Gráfico 4. Participación del etanol brasileño en las importaciones de la UE (2008-2014)

Fuente: Eurostat, 2017; UnicaData, 2017

Para comprender este comportamiento en la exportaciones de etanol de Brasil a la UE se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la trayectoria política de incentivo y producción de biocarburos es bastante distinta en cada contexto. Es decir, mientras la trayectoria de los combustibles renovables en la UE es reciente, la producción de etanol en el país latinoamericano tiene un recorrido de ocho décadas. Por ello, a diferencia de la UE, en el caso de Brasil las preocupaciones relacionadas con sostenibilidad de la producción de biocarburos no están entre las principales causas de la crisis de la industria iniciada en 2009.

De acuerdo con Reisman (p. 70, 1998), las situaciones económicas favorables que anteceden a las crisis están directamente vinculadas a la expansión del crédito. El autor alerta que precisamente esta expansión conlleva un crecimiento artificial de la actividad económica, que puede caracterizar desperdicios de riqueza, de bienes de capital y de recursos escasos, que reducen la posibilidad de usos futuros más productivos. En tal contexto, cuanto mayor es la duración de esta burbuja económica, peor es la crisis que la sucede.

modo específico, en los últimos cuarenta años de la producción de etanol en Brasil, la industria pasó por dos momentos de grandes dificultades: el primero, situado entre 1989-2000, y el momento actual, ambos marcados por la reducción de las inversiones en el sector, el alto grado de endeudamiento y el cierre de plantas de procesamiento (TCU, p. 13-14, 2012). Los dos momentos ocurrieron después de un ambiente facilitador de la expansión e incentivador de la actividad, vinculado a una baja en el precio del petróleo.

Respecto de la actual crisis en la producción de etanol en Brasil, Santos, Garcia y Shikida (p. 29, 2015) apuntan como elementos potenciadores: i) la crisis financiera mundial de 2008; ii) la baja pluviosidad que afectó a la etapa agrícola de la producción; iii) el aumento del coste nominal de la producción; y iv) la dependencia directa de los precios de la gasolina.

Según Mendonça, Pitta y Xavier (p. 4, 2012), otro factor determinante de esta recesión fue la crisis financiera mundial de 2008. Esta, conforme a los autores, supuso cambios significativos en todo el sector agrícola que, debido al impulso alcista del real brasileño, basaba su sistema de préstamos en el dólar estadounidense. Con la oscilación del cambio de estas divisas, el sector acumuló una gran deuda en dólares y las empresas dejaron de invertir, por ejemplo, en la renovación del cultivo de la caña y en los insumos vinculados a una mayor productividad.

Como consecuencia, los datos de la UNICA indican un aumento del coste nominal de producción del etanol en un 70% entre 2007-2012 (Farina, Rodrigues y Zechin, párr. 4, 2014).

Nachiluk y Oliveira (p. 48, 2013) apuntan a que dicho incremento se concentra especialmente en la etapa agrícola, que corresponde al 68% de los costes de toda la cadena productiva.

Este escenario resultó en la desaceleración de la industria, con el cierre de diversas plantas de procesamiento debido a una condición de endeudamiento y total comprometimiento de los ingresos operativos. En la cosecha 2012/2013, la estimación del endeudamiento total de la industria del etanol en Brasil era de aproximadamente 16 mil millones de euros (gráfico 5), equivalentes al 100% de la facturación de toda la cadena productiva (Santos, Garcia y Shikida, p. 31, 2015).

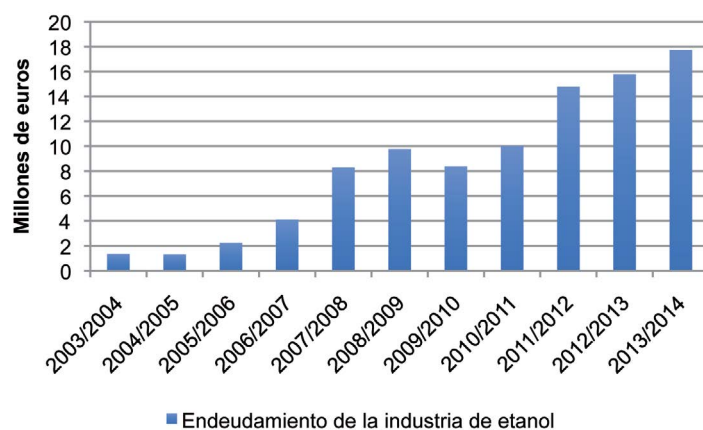


Gráfico 5. Endeudamiento de la industria de etanol (2005-2014)

Fuente: Santos, Garcia y Shikida, p. 31, 2015

Uno de los resultados directos de esta recesión fue la reducción de los volúmenes de exportación del producto (Uncomtrade, 2017). En el caso específico de las exportaciones de etanol a la UE, la recesión de la industria brasileña de biocarburantes originó una pérdida de competitividad respecto a los países centroamericanos y andinos, que entonces gozaban de un régimen de preferencia en el mercado europeo (Eurobserv'er, 2010, p. 91). Este contexto redirigió las importaciones y, como se observó en el gráfico 4, en 2011 el comercio de etanol entre Brasil y la UE se desplomó hasta un punto de no retorno.

Por tanto, se contempla que, en 2010, con el inicio de la vigencia la Directiva de Energías Renovables de la UE, Brasil ya había perdido su protagonismo en el comercio internacional de biocarburantes. En entrevista realizada en agosto de 2013 con Marina Stefani Carlini, que entonces era la directora de sostenibilidad de la principal asociación de los productores de caña de azúcar en Brasil, que es la UNICA, se señaló que, pese al esfuerzo de la entidad en certificar la producción del etanol brasileño bajo los parámetros de la Directiva 2009/28/CE, no se puede analizar la acogida de este etanol certificado en el mercado europeo debido al reducido volumen de las exportaciones desde 2011. En este sentido, la directora afirma que “certificar la producción no es la única condición necesaria para acceder al mercado europeo, porque antes el etanol brasileño debería de ser competitivo” (Portocarrero, 2017, p. 240). A tal fin, los datos de la UNICA (2016, párr. 1) indican que tan solo 43 unidades productoras de etanol habían logrado el certificado Bonsucro en 2016, que representan menos del 10% del área total cosechada en Brasil.

Sin embargo, cabe señalar que durante el proceso de desarrollo de la Directiva había una expectativa por parte de la industria y de los representantes políticos de Brasil respecto de que esta podría suponer una barrera no arancelaria a la exportación de etanol, sobre todo porque en este periodo el etanol brasileño ocupaba un importante puesto en el comer-

cio internacional. Con ocasión de entrevistas tomadas en 2013, el Asistente Técnico de la Sub-jefatura de Análisis y Seguimiento de las Políticas Gubernamentales de la Casa Civil de la Presidencia de la República de Brasil, José Nilton de Souza Vieira, afirma que “las directivas a menudo tienen un rigor desproporcionado con respecto a los productos agrícolas, que se revela en las barreras técnicas que protegen el producto nacional.” (Portocarrero, 2017, p 241).

De acuerdo con De Souza, este sería el caso de la Directiva 2009/28/CE en cuanto a la ausencia de base científica para la fijación de los porcentajes de reducción de CO<sub>2</sub>, así como la reducción de la participación de los biocarburantes de primera generación – entre los que se incluye el etanol de la caña de azúcar – en el cumplimiento del objetivo del 10% de sustitución de combustibles fósiles hasta 2020, por cuanto:

“Esta limitación desconsidera el potencial agrícola de los diferentes países, que varía mucho principalmente cuando se comparan países en desarrollo con países desarrollados. El aumento de la eficiencia de la agricultura de los países en desarrollo podría permitir un significativo aumento de la producción agrícola, con bajos impactos ambientales negativos. Con eso, se podría aumentar la oferta de alimentos y tener excedentes crecientes de materias primas para los biocarburantes. Las restricciones acaban por inhibir la búsqueda por esa mayor eficiencia, al aumentar las incertidumbres para los inversores”. Traducción libre de la doctoranda.” (Portocarrero, 2017, p 241).

De modo complementario, Rodrigo Augusto Rodrigues, coordinador de la Comisión Ejecutiva Interministerial del Biodiésel de la Sub-jefatura de Análisis y Seguimiento de Políticas Gubernamentales de la Presidencia de la República de Brasil, confirma que había una sospecha por parte del gobierno brasileño de que la Directiva de Energías Renovables de la UE funcionaría como una barrera a la exportación de biocarburantes. Por ello, se destinaron diplomáticos y expertos para acompañar el proceso de elaboración de la normativa, pero sería complejo definir hasta qué punto los argumentos utilizados para defender el biocarburante brasileño fueron acatados por la Comisión Europea.

Precisamente, estas expectativas de ampliación del mercado internacional de biocarburantes generadas por el fuerte impulso de la política europea de sustitución de combustibles fósiles en el transporte, sumadas a las preocupaciones relacionadas con la sostenibilidad de esta energía renovable, resultaron en transformaciones institucionales de la industria de etanol en Brasil, debido a la necesidad de adaptar el biocarburante a las exigencias del mercado europeo.

Entre estas transformaciones, cabe destacar que la expansión del cultivo de la caña de azúcar para la producción de etanol se ha acompañado de una serie de potenciales impactos sociales y medioambientales negativos relacionados con la ausencia de mecanismos reguladores del uso del suelo agrícola en Brasil, revistiendo especial relevancia: i) la seguridad alimentaria; ii) la concentración agraria; iii) la sobreexplotación de la mano de obra; y iv) la amenaza a ecosistemas sensibles como el Pantanal y la Amazonia (Andrade y Diniz, 2006, p.67).

Frente a esta latente insostenibilidad de la producción, con el objetivo explícito de atender a las exigencias del mercado, el sector público estableció políticas para promover la sostenibilidad de la producción del biocarburante. Estas medidas desencadenaron la búsqueda de estrategias de gestión basadas en el gobierno corporativo, la transparencia y la adopción de nuevos instrumentos de control.

Entre las medidas adoptadas, destaca la mecanización de la cosecha de la caña de azúcar, que resultó en un aumento de la capacitación de los trabajadores y de los niveles de remuneración, así como en la reducción de la utilización de la quema en la etapa agrícola de la producción de etanol. Además, merece especial mención el Decreto 6.961/09, referente a la Zonificación Agro-ecológica de la caña de azúcar en Brasil, cuyo objetivo es limitar las áreas para el cultivo de esta materia prima a través de la ocupación racional y sostenible de las tierras aptas para su cultivo.

Este reglamento actúa sobre los impactos negativos de la producción de etanol, como es la conservación de la biodiversidad, el respeto a la función social de la propiedad, y la ocupación prioritaria de áreas degradadas o pastizales para nuevos cultivos de caña de azúcar. De modo complementario, también prohíbe la destrucción de vegetación nativa para la expansión del cultivo de la caña y protege áreas como la Amazonía, el Pantanal y la Cuenca del Alto Paraguay. Tales iniciativas son importantes en un contexto que incluye el estímulo al I+D de los biocarburantes de segunda generación, cuya producción se basa en la utilización de los subproductos de la caña, especialmente la paja y el bagazo (Martins, Olivette y Nachiluk, 2011, p. 33).

Por tanto, se observa que la reducción de los impactos sociales y medioambientales negativos de la producción de biocarburantes en el mundo, y en concreto en Brasil, está directamente vinculada al incentivo generado por las políticas públicas que, en gran medida, implican rupturas en el proceso legislativo y tecnológico vigente. Desde una perspectiva económica, estos cambios tienen el potencial de acarrear una reducción de la oferta y la demanda de biocarburantes, pero es importante tener en cuenta que se producen en un horizonte que proporciona la creación de nuevas oportunidades laborales y opciones tecnológicas más respetuosas con el entorno natural y humano.

En Brasil, se identificó una relación positiva entre las transformaciones institucionales generadas por la política europea de biocarburantes sostenibles en la industria de etanol, porque impulsó la creación de políticas orientadas al control de la expansión de la producción, la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de las emisiones de GEI y la preservación de los biomas sensibles. Aunque estos cambios coincidan con una crisis doméstica de la industria, desde una perspectiva política y jurídica conforman innovaciones que actualmente sirven de modelo para los demás sectores y fuentes alternativas de energía producidas en el país.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

la legislación de los Estados miembros prevista para el 5 de diciembre de 2010. En el referido período de puesta en vigor e implementación, la importación de biocarburantes en la UE experimentó un crecimiento acentuado, que entre 2009-2010 se mantuvo en un 24%. Sin embargo, a partir de 2011 esta pasó a sufrir una reducción progresiva (Eurostat, 2017).

En este escenario, las exportaciones brasileñas de etanol, que en 2008 representaban el 81% de las importaciones europeas del biocarburante, entre 2009-2014 sufrieron una brusca disminución, del 89,5% (Unicadata, 2017). Para comprender esta ruptura en la relación comercial, se debe tener en cuenta los factores que afectaron tanto al mercado de biocarburantes en la UE como en Brasil durante el período analizado.

En el caso europeo, mientras entre 2005-2009 el consumo de biocarburantes en los Estados miembros creció a un importante promedio del 36%, en el período siguiente esta media no superó el 1% (Eurostat, 2017). Eso se debe a que la primera generación de estos combustibles alternativos fue dejando gradualmente de formar parte del paquete político de incentivo a las fuentes de energía renovables. El referido cambio en el enfoque político se relaciona principalmente con la inseguridad reglamentaria causada por el extenso debate en torno a la sostenibilidad de la producción de biocarburantes, que obstaculizó su implantación en el transporte.

Respecto de Brasil, se contempla una crisis en la industria de biocarburantes en el mismo período, pero, a diferencia de lo que ocurre en la UE, en este caso la sostenibilidad no ejerce un protagonismo determinante, sino factores políticos y económicos. Como resultado de la referida crisis, los volúmenes de etanol exportados por Brasil entre 2009-2014 fueron los más bajos desde 2005 (Uncomtrade, 2017). Así pues, la falta de competitividad del etanol de Brasil en el período de vigencia de la Directiva de Energías Renovables se identifica como la causa determinante de la reducción de las exportaciones de etanol a la UE en el período analizado.

No obstante, se identifica en el país una relación positiva entre las transformaciones institucionales generadas por la política europea de biocarburantes sostenibles en la industria de etanol, porque impulsó la creación de políticas orientadas al control de la expansión de la producción, la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de las emisiones de GEI y la preservación de los biomas sensibles. Aunque estos cambios coincidan con una crisis doméstica de la industria, desde una perspectiva política y jurídica, conforman innovaciones que actualmente sirven de modelo para los demás sectores y fuentes alternativas de energía producidas en Brasil.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AFIONIS, S., & STRINGER, L. C. (2012). European Union leadership in biofuels regulation: Europe as a normative power?. *Journal of Cleaner Production*, 32, 114-123.
- AIE (2016). Key world energy statistics. Informe de la Agencia Internacional de Energía.
- AL-RIFFAI, P., DIMARANAN, B., & LABORDE, D. (2010). Global trade and environmental impact study of the EU biofuels mandate (Vol. 125). Washington, DC: IFPRI.
- ALEKLETT, K., & CAMPBELL, C. J. (2003). The peak and decline of world oil and gas production. *Minerals and Energy-Raw Materials Report*, 18(1), 5-20.
- ANDRADE, J. M. F. D., & DINIZ, K. M. (2007). Impactos Ambientais da Agroindústria da Cana-de-açúcar: subsídios para a gestão. 2007. 131 f. Monografia (Especialização)-Curso de Gerenciamento Ambiental, Departamento de Escola Superior de Agricultura "Luis de Queiroz", Universidade de São Paulo, Piracicaba.
- Banco Mundial, 2017. World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files. Recuperado de <http://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD>
- CAMPBELL, C. J., & LAHERRÈRE, J. H. (1998). The end of cheap oil. *Scientific American*, 278(3), 60-5.
- COM (2017) 57 final. Informe d la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe de situación en materia de energías renovables. Bruselas, 1.2.2017.
- Eurobserv'er (2010). Biofuels Barometer. Systèmes Solaires le Journal des Énergies Renouvelables N. 198-2010. Informe del consorcio Eurobserv'er (UE).
- Eurobserv'er (2015). Biofuels Barometer, Julio 2015. Informe del consorcio Eurobserv'er (UE).
- EUROSTAT (2017). Base de datos de la Comisión Europea. Recuperado de <http://ec.europa.eu/eurostat/data/database>
- FARINA, E., RODRIGUES, L., & ZECHIN, M. (2014). Controle de preço da gasolina e aumento de custos levaram etanol à crise. Portal UOL, 11.
- GALLAGHER, E., 2008. The Gallagher review of the indirect effects of biofuels production. Renewable Fuels Agency.
- GREENE, D., HOPSON, J., & LI, J. (2004). Running out of and into oil: analyzing global oil depletion and transition through 2050. *Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board*, (1880), 1-9.
- GRINSVEN, A. (2009). Towards a sustainable biofuel trade an analysis of trade barriers and WTO-consistency of certification schemes for biofuels as currently being developed in the EU (Tesis doctoral). Wageningen University, Wageningen (Países Bajos) Recuperado de [https://www.wur.nl/upload\\_mm/d/6/b/04998605-ac22-408c-a3d4-deedb126c6a6\\_MSthesisTowardsasustainablebiofueltrade.pdf](https://www.wur.nl/upload_mm/d/6/b/04998605-ac22-408c-a3d4-deedb126c6a6_MSthesisTowardsasustainablebiofueltrade.pdf), en 16 de junio de 2017

- GUPTA, V. K., & TUOHY, M. G. (2013). *Biofuel technologies. Recent Developments*. Editorial Springer.
- HALLOCK, J. L., WU, W., HALL, C. A., & JEFFERSON, M. (2014). Forecasting the limits to the availability and diversity of global conventional oil supply: Validation. *Energy*, 64, 130-153.
- IWG, Interlaboratory Working Group (2000). *Scenarios for a Clean Energy Future* (Oak Ridge, TN: Oak Ridge National Laboratory; Berkeley, CA: Lawrence Berkeley National Laboratory; and Golden, CO: National Renewable Energy Laboratory), ORNL/CON-476, LBNL-44029, and NREL/TP-620-29379, November.
- LYNCH, M. C. (1999). Oil scarcity, Oil crises, and alternative energies—don't be fooled again. *Applied Energy*, 64(1), 31-53.
- Maack, M. H., & Skulason, J. B. (2006). Implementing the hydrogen economy. *Journal of Cleaner Production*, 14(1), 52-64.
- MARTINS, R., OLIVETTE, M., & NACHILUK, K. (2011). Sustentabilidade: novos desafios e oportunidades para a produção paulista de cana-de-açúcar. *Informações Econômicas*, 41(2), 23-36.
- MENDONÇA, M. L., PITTA, F. T., & XAVIER, C. V. (2012). *A agroindústria canavieira e a crise econômica mundial*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.
- NACHILUK, K., & OLIVEIRA, M. D. M. (2013). Cana-de-açúcar: custos nos diferentes sistemas de produção nas regiões do estado de São Paulo. *Informações Econômicas*, São Paulo, 43(4), 45-81.
- ONU (2014). *La situación demográfica en el mundo, 2014 Informe conciso*. Informe del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de Población, Nueva York. ST/ESA/SER.A/354
- ONU (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.
- ONU (2017a). *Framework Convention on Climate Change. Protocolo de Kioto*. Recuperado de [http://unfccc.int/portaal\\_espanol/informacion\\_basica/protocolo\\_de\\_kyoto/items/6\\_215.php](http://unfccc.int/portaal_espanol/informacion_basica/protocolo_de_kyoto/items/6_215.php)
- ONU (2017a). *Framework Convention on Climate Change. Protocolo de Kioto*. Recuperado de [http://unfccc.int/portaal\\_espanol/informacion\\_basica/protocolo\\_de\\_kyoto/items/6\\_215.php](http://unfccc.int/portaal_espanol/informacion_basica/protocolo_de_kyoto/items/6_215.php)
- PACHAURI, R. K., ALLEN, M. R., BARROS, V. R., BROOME, J., CRAMER, W., CHRIST, R. Y DUBASH, N. K. (2014). *Cambio climático 2014 Informe de síntesis*. Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. IPCC.
- PENNER, S. S. (2006). Steps toward the hydrogen economy. *Energy*, 31(1), 33- 43.
- PORTOCARRERO, I. R. (2017). *La política europea de biocarburantes y la industria brasileña del etanol: un análisis multidisciplinar*. Tesis doctoral. Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global. Departamento de Economía Aplicada de la Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca.
- REISMAN, G. (1998). *Capitalism: A treatise on economics*. Jameson Books (IL).
- SANTOS, G. R. D., GARCIA, E. A., & SHIKIDA, P. F. A. (2015). A crise na produção do etanol e as interfaces com as políticas públicas. *Revista Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*. Nº 39.
- TCU (2012). *Tribunal de Contas da União. Avaliação da regulação e das políticas públicas voltadas para o mercado interno de etanol*. Brasília. Relatório de Levantamento TC, n. 027.708/2011-0.
- UNCOMTRADE (2017). *Base de datos de la ONU relativa al comercio internacional*. Recuperado de [en https://comtrade.un.org/data](https://comtrade.un.org/data)
- UNICA (2016). *Notícias. Sustentabilidade. Brasil já possui 43 usinas certificadas pelo bonsucro*. 06/07/2016. União da indústria de cana-de-açúcar.
- UNICADATA (2017). *Base de datos de la União da Indústria de Cana-de-Açúcar*. Recuperado de <http://www.unicadata.com.br/historico-de-producao-emoagem.php?idMn=31&tipoHistorico=2>.

# O papel dos programas de ação ambiental para o aperfeiçoamento do espaço ambiental comum europeu

Jamile Bergamaschine Mata Diz<sup>1</sup>  
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>2</sup>  
Bruna Pirfo Lima Fontes<sup>3</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.11](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.11)

## INTRODUÇÃO

A inter-relação entre o meio ambiente e o Direito Comunitário construída ao longo da evolução da União Europeia (UE), trouxe importantes avanços no estudo do Direito Ambiental do ponto de vista normativo e institucional. Tal afirmativa pode ser comprovada quando examinamos a formulação da política ambiental e a aplicação dos instrumentos jurídicos criados no âmbito da União Europeia. Desde a sua criação, na década de 50, foram adotados numerosos atos normativos, programas e projetos destinados à proteção do meio ambiente. Ainda que a questão ambiental somente viesse a fazer parte da agenda europeia a partir da década de 70, a UE muito contribuiu para a discussão internacional sobre o tema, gerada a partir da Conferência de Estocolmo.

A história da formação da União Europeia se imbrica diretamente com a própria formulação de uma política ambiental, pois desde o início do processo de integração houve uma preocupação por parte dos Estados membros em adotar medidas destinadas ao meio ambiente a partir de uma concepção comum de proteção e garantia ambiental, que deveria (e ainda deve) ser observada por todos os partícipes<sup>4</sup>.

---

1 Coordenadora da Cátedra Jean Monnet Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais-Brasil. Professora e Coordenadora do PPDG da UIT. Professora da ESDHC/Brasil. Doutora em Direito Comunitário pela UAH-Espanha. Master em Instituciones y políticas por la UJCJ-Madrid. Assessora do SAT - Secretária do MERCOSUL, Montevideu (período: 2008-2009). E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

2 Doutor em Direito Administrativo pela PUC/ S. Paulo, Mestrado em Direito Tributário PUC/S. Paulo. Professor visitante permanente em universidades nacionais e estrangeiras, em programa de mestrado e especialização, notadamente na UFMG (Brasil), UIT (Brasil), UCLM (Espanha), UAH (Espanha), UDE (Uruguai), entre outras. E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de iniciação científica da FAPEMIG na área de Direito Ambiental Internacional. E-mail: brunapirfo@yahoo.com.br.

4 DEL POZO, Carlos F. Molina; MATA DIZ, Jamile B. Meio ambiente e União Europeia: o desenvolvimento sustentável a partir do enfoque do direito comunitário In: *Nova ordem ambiental internacional e desenvolvimento sustentável*. MATA DIZ, Jamile B. (org.) Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 1-14.

A nota característica da UE pode ser analisada a partir da possibilidade de transferir às instituições comunitárias poder decisório sobre a política ambiental<sup>5</sup>. Essa possibilidade advém justamente do quadro de competências compartilhadas, previstas pelos Tratados Fundacionais, que repartem as competências entre União e Estados-Membros num âmbito concreto. Neste caso, tanto a União como os Estados-Membros gozam da potestade para legislar e adotar atos juridicamente vinculantes sobre esta matéria. Não obstante, os Estados-Membros poderão exercer sua competência somente na medida em que a União comprovar a devida aplicação do princípio da subsidiariedade, conforme Protocolo n. 2 do Tratado de Lisboa. É neste rol das competências compartilhadas que se inclui a política do meio ambiente<sup>6</sup> (Mata Diz; Lemos Jr, 2012).

No atual instrumento normativo fundacional – Tratado de Lisboa – o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se explicitamente delimitado no Art. 11 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) ao estabelecer que “*As exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável.*”<sup>7</sup>. Também o Art. 191 TFUE prevê – de forma similar à disposição do Art. 174 do Tratado da União Europeia (TUE) – os objetivos e princípios aplicados pela UE em matéria ambiental, destacando-se como elemento mais inovador a inclusão da mudança climática como tema prioritário na agenda ambiental comum. Portanto, e segundo Plaza Martín<sup>8</sup>

O Tratado de Lisboa não introduziu grandes novidades nas disposições de direito originário em matéria meio ambiental. Seu maior aporte é realçar ainda mais a importância do princípio da integração (presente no Tratado desde o Ato Único Europeu), cujo protagonismo na política ambiental começou a cobrar um especial destaque a partir do Tratado de Amsterdam como requisito *sine qua non* para avançar em direção a um desenvolvimento sustentável. De forma que a influência da política ambiental nas demais políticas e ações da União, com o objetivo de fomentar um modelo de desenvolvimento sustentável, é cada vez mais notável.<sup>9</sup>

Para analisar de fato o Espaço Ambiental Comum Europeu, sistema regulatório complexo e amplo, é necessário compreender para além dos tratados fundacionais e das diretivas, sendo preciso analisar toda a estrutura que engloba os conceitos ambientais. Este artigo visa abordar parte do sistema que vai além das normas em si, pois traça as linhas gerais, os princípios

5 MATA DIZ, Jamile B.; GOULART, Rayelle C. C. A aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias. In: *Direito e sustentabilidade*. Florianópolis: CONPEDI/FUNJAB, 2013, v.1, p. 37-66.

6 MATA DIZ, Jamile B. M., LEMOS JR., Eloy. A distribuição de competências no direito comunitário europeu e o Tratado de Lisboa: a questão das competências inominadas. In: *Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos*. Anais do XXI CONPEDI. Uberlândia: CONPEDI, 2012.

7 Digno de nota é o art. 13 que estabelece especial menção o direito dos animais ao bem-estar ao fixar: “Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.”

8 PLAZA MARTIN, Carmen. Medio ambiente en la Unión Europea. In: *Tratado de derecho ambiental*. Alvarez, Luis Ortega; GARCÍA, Consuelo A. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

9 No original: “El Tratado de Lisboa no va a introducir grandes novedades en las disposiciones del derecho originario de la Unión en materia de medio ambiente. Su mayor aportación es la de realzar aún más la importancia del principio de integración (presente en el Tratado desde el Acta Única Europea), cuyo protagonismo en la política ambiental comenzó a cobrar un especial relieve a partir del Tratado de Amsterdam como requisito *sine qua non* para avanzar hacia un ‘desarrollo sostenible’. De manera que la influencia de la política ambiental en todas las demás políticas y acciones de la Unión con el objetivo de fomentar un modelo de desarrollo sostenible es cada vez más notable.”

norteadores e os principais objetivos do Direito Europeu Ambiental, especificamente no que tange ao planejamento de tal direito, a partir dos chamados Programas de Ação Ambiental.

O objetivo do presente trabalho, portanto, será analisar o conceito de programa ambiental, adentrando em suas sete edições e analisando os seus objetivos, diferenças e resultados, de modo que se possa compreender, ainda que de forma aproximativa, como os referidos programas impactam sobre a formulação da política ambiental europeia. Será dado enfoque especial ao último programa, intitulado “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”, visto que ele traduz com maior precisão as mais recentes preocupações da União. A partir dele, será feita uma análise sistemática da sua aplicação prática, enfatizando os pontos positivos e negativos e, ainda, abarcando seus problemas estruturais, buscando apresentar possível solução para eles, sempre com base nos princípios fundantes da UE.

## **1. PERSPECTIVA GERAL DOS PROGRAMAS DE AÇÃO AMBIENTAL**

O ponto de partida da presente análise será a origem e evolução dos Programas de Ação, ao apresentar-se uma breve descrição dos seis primeiros programas, contendo de forma ampla as contribuições e prioridades de cada um para a devida compreensão sobre a construção, paulatina, da política ambiental comum atual.

Em 1973, com o intuito de dar continuidade às prerrogativas do Tratado de Roma, foi fundada a Direção-Geral do Ambiente da Comissão Europeia (“DG Ambiente”), órgão responsável por proteger, preservar e melhorar o ambiente na Europa. Em termos práticos, a DG Ambiente propõe políticas e legislação na seara ambiental, além de velar pela correta aplicação do Direito Ambiental Europeu nos países da UE, sendo a responsável por dar seguimento às demandas dos cidadãos e organizações não-governamentais, além de monitorar a aplicação das normas pelos Estados-membros. A DG Ambiente também prepara listas de verificação dos pontos a abordar na elaboração dos regulamentos e das diretivas de caráter ambiental e, ainda, publica painéis de avaliação que permitem o acompanhamento dos progressos em matéria de aplicação da legislação e a comparação do desempenho dos países membros da UE.

A DG Ambiente é a principal responsável por elaborar os Programas de Ação Ambiental (PAA), que servem de guia para o desenvolvimento da política ambiental comunitária. Eles podem ser definidos como instrumentos onde se concretizam os projetos, meios e ações que devem ser adotados, durante certo período, para a consolidação da política ambiental. Os PAA são regulados pelo art. 192.3 do TFEU e, desde 2002, são instituídos conjuntamente pelo Parlamento e Conselho Europeus, o que confere legitimidade aos objetivos e ações estabelecidos no programa. A função dos PAA é de definir uma agenda estratégica global para política ambiental durante um determinado período (em geral, de cinco a sete anos, coincidindo com as chamadas perspectivas financeiras da União que seriam, grosso modo, equiparadas ao Plano Plurianual brasileiro). O programa reúne diferentes aspectos da elaboração da política ambiental da UE numa narrativa coerente, implementa políticas a curto e médio prazos e apoia a integração dos objetivos da política ambiental em outros domínios políticos.

Sobre os impactos positivos dos Programas de Ação lançados até então pela UE, afirma del Pozo<sup>10</sup> que:

Os resultados obtidos da realização dos citados programas de ação têm sido variados. No capítulo dos aspectos positivos podemos apontar-se o incremento do regulamento comunitário tendente à redução dos agentes contaminantes, a aplicação prática de novos instrumentos de intervenção em matéria ambiental, a realização e coordenação de investigações relacionadas

---

10 DEL POZO, Carlos F. Molina. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: Dijusa, 2002.

com a melhoria do ambiente, a sensibilização da opinião pública e a participação das Comunidades em convenções internacionais em matéria de meio ambiente, nas quais se manteve uma postura única em lugar posições individuais dos Estados membros.<sup>11</sup>

A UE lançou seu primeiro PAA em novembro de 1973, sob o título de Primeiro Programa de Ação Comunitária para o Meio Ambiente (PACMAS). Pode-se afirmar que existe uma relação direta entre o Programa e a Conferência de Estocolmo (1972). Um princípio merece destaque no Programa: o da prevalência da prevenção de danos ambientais sob a reparação dos danos. A UE foi uma pioneira em reconhecer a necessidade de uma atuação precautória em matéria ambiental e, o lançamento deste programa, pode ser considerado um marco na história legislativa ambiental mundial ao reconhecer a responsabilidade ambiental e a necessidade de análise de risco, ainda que de forma incipiente naquele momento.

Neste sentido, o primeiro programa, cujo alcance temporal foi determinado para o período 1973-1977, tinha como temas principais a luta contra a contaminação; a manutenção do equilíbrio ecológico; e a luta contra a exploração irracional dos recursos naturais, entre outros.

O segundo programa, com clara intenção de continuidade ao primeiro, foi lançado em 1977. Os dois primeiros programas trataram de delimitar aspectos considerados relevantes para a adoção da matriz principiológica que deveria nortear toda a atuação comunitária. Ainda, como enfatiza Del Pozo<sup>12</sup>

A atuação comunitária no terreno do meio ambiente se estrutura no âmbito dos programas de ação, instrumentos jurídicos *sui generis*, que servem de marco de referência às ações específicas da Comunidade. Até o momento se aprovaram cinco programas de ação, cuja principal característica é sua continuidade, isto é, a aprovação de um programa não supõe a derrogação do anterior, senão que se prevê expressamente a finalização das ações já empreendidas. Não obstante, até o surgimento do terceiro programa de ação não poderíamos falar de uma verdadeira política estrutural, apesar das atuações levadas a cabo com anterioridade.<sup>13</sup>

Adotado para o período 1977-1981, o Segundo Programa consolidava as diretrizes geradas pelo Primeiro e iniciava os debates sobre a conexão entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, premissa do metaprincípio desenvolvimento sustentável. Nele, foram consolidadas as bases para que o Terceiro Programa (1982-1986) pudesse estabelecer o princípio da integração, através do enfoque da horizontalidade e da globalidade. Ambos os enfoques foram reforçados, posteriormente, no Quarto e no Quinto Programas de ação. E é justamente este enfoque que foi amplamente analisado por Ramón<sup>14</sup>

O III Programa Comunitário de Ação Ambiental (1982-1986) continuou a consolidação dos interesses ambientais entre as linhas de atuação da Comunidade Europeia, conforme as

11 No original: "Los resultados obtenidos de la realización de los citados programas de acción han sido variados. En el capítulo de los logros positivos pueden apuntarse el incremento de la normativa comunitaria tendente a la reducción de los agentes contaminantes, la aplicación práctica de nuevos instrumentos de intervención en materia ambiental, la realización y coordinación de investigaciones relacionadas con la mejora del ambiente, la sensibilización de la opinión pública y la participación de las Comunidades en convenciones internacionales en torno al ambiente, en las que se ha mantenido una postura única en lugar de las que corresponderían a los Estados miembros de asistir separadamente."

12 DEL POZO, Carlos F. Molina. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: Dijusa, 2002.

13 No original: "Hasta ahora, se han aprobado cinco programas de acción, cuya característica principal es su continuidad, es decir, la aprobación de un programa no supone la derogación del anterior, pero se prevé expresamente la finalización de las acciones ya emprendidas. Sin embargo, hasta que apareció el tercer programa de acción, no podíamos hablar de una política estructural real, a pesar de las acciones llevadas a cabo previamente".

14 RAMÓN, Fernando López. Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n. 1, 1998, p. 5.

ideias de generalidade e globalidade. Por uma parte, a partir do III Programa, a proteção do meio ambiente não constituiu somente o objetivo de uma das linhas de ação comunitária. De maneira que junto a específica política ambiental, se identificou um objetivo geral de proteção do meio ambiente, que devia ser perseguido por quaisquer outras políticas comunitárias “que se trate de integrar as preocupações do meio ambiente nas demais políticas comunitárias”. Por outra parte, se constatou que as considerações ambientais incidiam tão intensamente sobre determinadas políticas comunitárias – agricultura, energia, indústria, transportes, turismo – que era preciso ampliar os objetivos da política específica do meio ambiente, formulando, em definitivo, uma “estratégia global”<sup>15</sup>.

O Quarto Programa (1987-1991) reconheceu que a proteção ambiental pode ter um papel importante no apoio e sustento da economia, facilitando a criação de empregos. O programa também mencionou a importância das organizações não-governamentais nessa mudança de paradigma e para a implementação bem-sucedida do Programa. Os objetivos principais enumerados foram o combate à poluição do ar, da água, do solo, das substâncias tóxicas e a sonora; controle da produção de substâncias químicas; prevenção de acidentes industriais com impactos ecológicos; combate à erosão do solo e melhor gestão dos resíduos sólidos.

Já o Quinto Programa de Ação Ambiental (1992-2000), intitulado “Para um Desenvolvimento Sustentável”, consolidou a integração meio ambiente e políticas setoriais comunitárias, enfatizou a necessidade de que todas as medidas destinadas aos setores capazes de gerar maior impacto negativo sobre o meio ambiente (indústria, energia, turismo, transporte, agricultura) fossem objeto de maior atenção por parte das instituições comunitárias e dos próprios Estados-membros. O programa traz em seu bojo a concepção praticamente universal a partir da matriz intergeracional ao afirmar que desenvolvimento sustentável será determinante para “*satisfazer as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades*”, numa clara menção ao conteúdo do desenvolvimento sustentável elaborado pelo Relatório Brundtland.

O Sexto Programa de Ação, cujo período abarcou os anos de 2001 a 2012, foi considerado como a base para as medidas propostas na Estratégia Comunitária de Desenvolvimento Sustentável, adotada pelo Conselho em junho de 2001. Os objetivos prioritários assinalados por este programa foram: mudança climática; biodiversidade; meio ambiente, saúde e qualidade de vida e recursos naturais e resíduos. Um ponto interessante sobre o Sexto Programa foi que este teve sua adoção mediante uma decisão emanada do Parlamento e Conselho Europeus, prática considerada como atípica, pois até este momento, os programas eram aprovados pelas instituições, mas não adquiriam a natureza de norma comunitária. A principal consequência derivada de tal modificação refere-se basicamente à natureza jurídica dos programas, pois estes – ao serem considerados como instrumentos para determinar e conduzir a atuação comunitária em temas ambientais – ostentam mais um caráter político que jurídico, ao não possuir efeitos vinculantes diretos.

---

15 No original: “El III Programa de Acción Ambiental de la Comunidad (1982-1986) continuó consolidando los intereses ambientales entre las líneas de acción de la Comunidad Europea, en línea con las ideas de generalidad y globalidad. Por un lado, comenzando con el III Programa, la protección del medio ambiente no era solo el objetivo de una de las líneas de acción comunitaria. De modo que, junto con la política ambiental específica, se identificó un objetivo general de protección del medio ambiente, que debería ser perseguido por cualquier otra política comunitaria "que es integrar las preocupaciones ambientales en otras políticas comunitarias". Por otro lado, se descubrió que las consideraciones medioambientales se centraban tanto en ciertas políticas comunitarias – agricultura, energía, industria, transporte, turismo – que era necesario ampliar los objetivos de la política ambiental específica, formulando, en resumen, una "estrategia global”.

## 2. O SÉTIMO PROGRAMA DE AÇÃO AMBIENTAL: PRINCIPAIS ASPECTOS

Após uma contextualização relativa aos programas que antecederam o Sétimo Programa que se encontra vigente, será feita uma análise mais pormenorizada do atual programa que rege as diretrizes europeias ambientalistas. Devido à sua amplitude, foram escolhidos os três objetivos do programa considerados mais importantes para que, em uma análise prática, se possa compreender os impactos do programa.

O Sétimo Programa de Ação, com o tema “Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”, foi adotado também pelo Parlamento e Conselho Europeus pela Decisão 1386/2013, apesar de não ostentar caráter vinculante. Os sucessivos alargamentos deste Programa resultaram, em maior ou menor medida, em normas de alto nível de proteção ambiental, o que estimulou a inovação e o investimento em bens e serviços ambientais, gerando empregos e renda.

Na elaboração deste Programa, foram aproveitadas as medidas propostas na Estratégia Europa 2020, com uma perspectiva que abarca um longo período chegando a 2050. O Sétimo PAA faz coro a uma série de iniciativas estratégicas recentes no domínio do ambiente, incluindo o Roteiro para uma Europa Eficiente na Utilização dos Recursos, a Estratégia de Biodiversidade para 2020 e o Roteiro para uma Economia Hipocarbônica.

Uma das bases do atual Programa é o relatório da Agência Europeia do Ambiente intitulado “O Ambiente na Europa – Situação e Perspectivas 2010” (SOER 2010), mencionado no rol de razões do programa. Segundo este relatório a grande questão a ser debatida “é a existência de uma maior compreensão das relações entre os desafios ambientais combinados com megatendências globais sem precedentes”. O documento traz quatro pilares, sendo eles as alterações climáticas, a preocupação com a natureza e biodiversidade, a relação entre os recursos naturais e os resíduos e questões ligadas ao ambiente, saúde e qualidade de vida. Principalmente no que diz respeito ao segundo pilar, o documento aborda a magnitude dos desafios a serem enfrentados pelo atual Programa devido às especificidades de cada país, dada por questões culturais, orçamentárias como também climáticas geradas pela diversidade de biomas e ecossistemas de cada Estado membro.

Como reflexo das preocupações abordadas neste relatório, o Programa traça nove objetivos prioritários a serem cumpridos entre 2014 e 2020; entre eles, destacam-se três: proteger o capital natural, tornar a União uma economia hipocarbônica, verde e eficiente na gestão de recursos e aumentar a sustentabilidade das cidades.

O primeiro objetivo, referente ao capital natural, pode ser traduzido na proteção à biodiversidade e aos ecossistemas, que sustentam a prosperidade econômica da União, fornecendo bens essenciais (como solos férteis, florestas, terras e mares produtivos) e serviços (como água doce de qualidade, ar limpo, polinização, regulação do clima e proteção contra desastres naturais).

Segundo o relatório da Agência Europeia do Ambiente intitulado “Relatório dos Indicadores Ambientais, 2018<sup>16</sup>”, o objetivo da preservação do capital natural não foi plenamente atingido em consonância com as ambições do Sétimo PAA. Os indicadores comprovam que no início do programa houve uma diminuição acentuada na degradação de espaços de proteção; entretanto, no meio do programa os números estabilizaram. Isso demonstra que as políticas funcionaram até certo estágio, mas depois se tornaram menos eficientes e pararam de dar os resultados almejados. Como exemplo, podemos citar a perda de nitrogênio dos solos, que desde 2010 mantém os números, e as emissões de amônia que, por outro lado, aumentaram entre 2014 e 2016, o que indica que a situação ambiental não se manteve estável, mas, sim, regrediu.

16 Relatório da Agência Europeia do Ambiente, 2018, disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-indicator-report-2018>, acesso em 12 mar 2019.

Consequentemente, a biodiversidade ainda está sendo perdida e os ecossistemas continuam, mesmo que em menor escala, degradados.

Com relação ao segundo objetivo, relacionado à economia verde, o Comissário para o Ambiente Janez Potočnik declarou em um comunicado de imprensa da Comissão Europeia que “o progresso econômico se baseia numa economia ecológica e sustentável e em que a resiliência ecológica é uma realidade.”<sup>17</sup>. Isso reforça a preocupação europeia em harmonizar as questões ambientais e econômicas. Estes dois conceitos, não apenas podem coexistir, como podem ser mutuamente benéficos, interligados e interdependentes, na medida em que se complementam.

Nesse mesmo sentido, a Comissária para a Ação Climática Connie Hedegaard enfatizou que as crises ambiental, climática e de recursos naturais devem ser incluídas na agenda com as crises econômica e política em pé de igualdade e respostas devem ser dadas a todas estas crises de forma coesa e conjunta. A relação entre as crises atuais e as megatendências globais demonstram a interdependência entre os problemas que enfrentamos hoje. A sobreposição de soluções desconexas e isoladas, sem a devida articulação e associação das searas ambientais, econômicas e políticas, não é suficiente.

Segundo o relatório da Agência Europeia do Ambiente, esse foi o objetivo mais bem-sucedido de todo o programa. A implementação de uma economia mais verde tem sido uma realidade, principalmente no que diz respeito ao uso de energias renováveis e diminuição na emissão de carbono. É relevante mencionar que entre os anos de 2015 e 2017 houve um considerável aumento no uso de energia na Europa, e, mesmo assim, os indicadores demonstram que a fonte das novas energias é sustentável e que as regulações europeias vêm cumprindo o seu papel.

É possível atribuir esse impacto positivo ao fato de a preservação do meio ambiente e do clima, a implementação de uma economia de baixo carbono, ecologicamente correta e competitiva em termos de recursos, pode gerar benefícios socioeconômicos e estimular a competitividade. Embora a UE esteja em vias de reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa em 20% até 2020, muitas mudanças são necessárias para dar maior concretude a tal objetivo. Até lá, deve prevalecer um trabalho interdisciplinar, que exige contribuições de todos os setores, bem como um quadro político previsível. Isso, por sua vez, estimularia o investimento na área e as ações necessárias para desenvolver plenamente os mercados para tecnologias mais ecológicas e promover soluções empresariais sustentáveis. Os tomadores de decisão vêm aceitando a conclusão de que a economia e o meio ambiente não são valores conflitantes, mas sim complementares.

A sustentabilidade das cidades, terceiro objetivo exposto, também representou um forte desafio. Muitas cidades da UE enfrentam problemas ambientais semelhantes, por exemplo, no que diz respeito à qualidade do ar, ruído, congestionamento de tráfego, diminuição de áreas verdes, locais contaminados ou gestão inadequada de resíduos e energia. Ao mesmo tempo, as cidades frequentemente são pioneiras em soluções inovadoras para os desafios ambientais. Estima-se que, até 2020, 80% da população da UE viva nas cidades e arredores<sup>18</sup>. Até 2020, o objetivo é que a maioria das cidades da UE implemente políticas para o planejamento urbano sustentável, incluindo abordagens inovadoras para mobilidade, edifícios, eficiência energética e biodiversidade.

---

17 Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1271\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1271_pt.htm), acesso em 12 mar 2019.

18 Relatório da Agência Europeia do Ambiente, 2018, disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-indicator-report-2018>, acesso em 12 mar 2019.

Entretanto, este objetivo foi criticado pelo Comit  Europeu das Regiões pois fez com que o atual programa fosse extremamente voltado para a questão da sustentabilidade nas cidades, de forma a negligenciar as áreas rurais. Essa escolha pelas cidades pode ser justificada pela avalia o final do Sexto PAA, que reafirmou a importância da cria o de políticas ambientais sustentáveis urbanas. Contudo, depois do Sétimo PAA infere-se que   necessária uma melhor colabora o com os intervenientes rurais, bem como uma maior aten o às inter-rela oes entre as cidades e as áreas rurais. Portanto,   necessário reconhecer e abordar adequadamente o papel e as intera oes de outras comunidades locais e regionais no programa ambiental que segue.

### 3. O SÉTIMO PROGRAMA DE A O AMBIENTAL: PROBLEMAS E SOLUÇOES

Após analisar alguns dos objetivos propostos no Sétimo PAA de forma pormenorizada, apontar os resultados práticos atingidos em cada área, examinar os relatórios e pareceres emitidos em fun o do programa<sup>19</sup>, indicar os principais problemas e delinear possíveis soluçoes, parte-se para uma análise mais geral do dito instrumento. Serão apontados três problemas encontrados na aplica o prática deste programa.

O primeiro deles, reiterado pelo Comit  Econ mico e Social Europeu (CESE),   a ausência de uma aut ntica e duradoura vontade política. O Comit  critica o programa pela sua falta de concretiza o, sendo “mais um relatório sobre a situa o do ambiente do que um verdadeiro documento político estratégico ou um programa de a o política operacional”<sup>20</sup>. A patente falta de vontade e compromisso político em adotar estratégias mais ousadas e realmente protetivas, bem como lograr maior consenso entre os diferentes pontos de vista apresentados pelos Estados membros, especificamente no que tange a temas mais pol micos, como a ado o de uma matriz energética mais sustentável,   um dos t picos que deve ser revisto no próximo programa.

O segundo problema a ser levantado   a falta de clareza sobre as altera oes econ micas e sociais necessárias para alcançar os objetivos da política ambiental. Como reflexo desta falta de clareza, bem como do fato de os programas não adentrarem em questões pontuais e não terem diretivas específicas voltadas às necessidades de cada região, depreende-se certa dificuldade em engajar as autoridades locais e regionais na implementa o dos PAA, criando, assim, um *gap* entre a estratégia formulada e sua aplica o de forma local e regional. Dessa forma, os vínculos com as autoridades locais e regionais, entes mais próximos das realidades que a UE visa alcançar, se enfraquecem dificultando a supervisão e fiscaliza o da real aplica o dos objetivos propostos. Com o próximo PAA, espera-se também que sejam previstos mecanismos que permitam que tais vínculos sejam estreitados e sejam propostas medidas que atendam de forma mais específica os desafios de cada  rea.

Por último, como levantado pela Comissão para Ambiente, Mudanças Climáticas e Energia do Comit  das Regiões (CdR), o que talvez seja o maior desafio das políticas comuns do meio ambiente se relaciona   governança europeia e a territorialidade das medidas. O fato de os Estados membros terem necessidades, posicionamentos e interesses tão diversos torna ainda mais complexo o desenvolvimento de políticas ambientais comuns. Mesmo as diferenças internas, entre as áreas rurais e urbanas do mesmo país, demandam aten o e regula o distinta, o que ocasiona, mais uma vez, na complexidade de elaborar agenda comuns e eficientes.

19 Relatório da Agência Europeia do Ambiente, “O Ambiente na Europa – Situa o e Perspectivas 2010” (SOER 2010); Relatório da Agência Europeia do Ambiente, “Relatório dos Indicadores Ambientais, 2018; Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia.

20 Parecer do Comit  Econ mico e Social Europeu sobre a Proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um programa geral de a o da União para 2020 em matéria de ambiente «Viver bem, dentro das limita oes do nosso planeta» COM(2012) 710 final – 2012/0337 (COD), 2013.

Os problemas levantados podem encontrar sua solução em uma possível medida comum: a horizontalização das relações de governança. Tal solução englobaria diferentes níveis de coordenação nas regiões, tanto urbanas como rurais. Isso se daria por meio da aplicação do princípio da subsidiariedade, que exige a supervisão da UE e a delegação de responsabilidades às partes mais próximas do problema.

O princípio da subsidiariedade está previsto e definido no Art. 5º do Tratado da União Europeia e visa garantir uma tomada de decisões tão próxima quanto possível do cidadão, mediante a verificação constante de que a ação a ser empreendida no marco da UE se justifica pelas possibilidades oferecidas nos níveis nacional, regional ou local.

A aplicação deste princípio na esfera da legislação ambiental se traduz em possibilitar aos Estados membros exercer as funções de coordenação e fiscalização, buscando integrar as forças nacionais com as da União. Isso se daria através da governança multinível, conceito que define processos coletivos de tomada de decisão em que a autoridade e a influência são compartilhadas entre as partes interessadas em vários níveis de governança, independentes, porém interligados. No caso da UE, se trataria de uma ação coordenada da organização, dos Estados membros e das autoridades locais e regionais, baseada em parcerias para criar e implementar políticas da UE.

A governança multinível resulta em responsabilidade compartilhada entre os diferentes níveis de governo e uma variedade de benefícios, como coerência, consistência, eficácia e eficiência das políticas públicas. Dadas as deficiências dos programas identificadas até agora, o foco na criação de governança multinível oferece uma oportunidade para abordar alguns desses desafios no próximo programa.

Como bem expôs o Comité das Regiões em seu Livro Branco sobre a Governança:

A governança a vários níveis não se resume a traduzir os objetivos europeus ou nacionais para a ação local ou regional, devendo também ser entendida como um processo de integração dos objetivos das coletividades regionais e locais nas estratégias da União Europeia. Além disso, a governança a vários níveis deverá reforçar e moldar as competências dos órgãos do poder regional e local a nível nacional e favorecer a sua participação na coordenação da política europeia, facilitando assim a elaboração e a aplicação das políticas comunitárias.<sup>21</sup>

Dessa forma, percebe-se que os desafios em se consolidar as políticas comunitárias nos distintos setores aos quais se referem, em si, passam por uma transversalidade ambiental sistémico-integrativa horizontalizada, mediante a aplicação de princípios basilares da UE, como o da subsidiariedade. Nesse sentido, a governança, um dos elementos principais da atuação das instituições europeias, pode não apenas facilitar a coordenação e fiscalização das medidas ambientais, como otimizá-las e permitir que haja espaço para iniciativas cada vez mais corajosas e que traduzam de fato a relevância que é dada ao tema ambiental.

#### **4. CONCLUSÃO**

Não se pode negar que a preocupação com o tema ambiental adquiriu contornos e características próprias ao incorporar-se ao acervo normativo da UE. Contudo, apesar de este processo integrador apresentar índice de proteção ambiental considerado como coerente com as metas comunitárias, é necessário que se use de uma lógica de gestão racional e de resguardo dos recursos, principalmente dos não-renováveis. Isso deve ser instituído de maneira a regular transversalmente os objetivos ambientais, por óbvio inseparáveis das políticas econômicas,

---

21 Committee of the Regions. White Paper in Coopenergy Consotium, 2015, A Guide for Multi-Level Governance for Local and Regional Authorities, disponível em [https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Sustainable%20Energy%20Action%20Plans%20\(SEAP\).pdf](https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Sustainable%20Energy%20Action%20Plans%20(SEAP).pdf), acesso em 27/06/2019.

comerciais, agrícolas, de transporte, sociais, entre outras, sempre balanceando-se as prioridades e objetivos em foco, e atentando-se para as necessidades das gerações presentes, porém, sem se esquecer do legado futuro.

Segundo a Comunicação Europeia “A sustainable Europe for a better world: an European Union Strategy for a sustainable development”, o desenvolvimento sustentável, “exige que o crescimento econômico apoie o progresso social e respeite o meio ambiente, que a política social favoreça o desempenho econômico e que a política ambiental baseie-se no custo-benefício”<sup>22</sup>. Fica evidente, assim, que o arcabouço normativo das políticas ambientais deve ser objeto de uma aplicação efetiva por parte dos Estados-membros, caso se queira, realmente, cumprir os programas propostos. Entretanto, este assunto gera enorme sensibilidade política, pois produz impactos em todos os setores da organização social, que vão desde a formulação de políticas públicas, ao comportamento dos mercados e da produção, até as demandas da sociedade, tanto de um país quanto do próprio sistema comunitário.

Além disso, e apesar dos problemas apontados neste trabalho, pode-se afirmar que a UE, mediante os instrumentos criados para a política ambiental, conseguiu alcançar os objetivos diretos e indiretos fixados nesta matéria: fomentar a qualidade de vida dos cidadãos, preservando o ecossistema, bem como os espaços vitais dos povos da União. Ao criar uma estratégia específica para a promoção do desenvolvimento sustentável determinou que o meio ambiente deve estar presente em todo o processo de negociação e tomada de decisão, em quaisquer âmbitos e aspectos da normativa e da atuação comunitária.

Na Estratégia Europeia para o crescimento, intitulada Europa 2020<sup>23</sup>, estabeleceu-se a necessidade de se aprofundar e consolidar os mecanismos já existentes no direito europeu de forma a estimular as medidas econômicas tendentes a solucionar a crise no espaço financeiro e monetário da União, sem, contudo, olvidar das conquistas já logradas em matéria ambiental, especificamente no que tange à incorporação de princípios e normas de maior proteção. Neste aspecto, esta nova estratégia pretende combinar maior crescimento econômico com inclusão social e responsabilidade ambiental sem esquecer os desafios importantes, tais como as mudanças climática e demográfica. O que se espera em tempos de crise é que o meio ambiente não seja considerado como uma política de menor importância.

Nas palavras de Souto Borges, não restam dúvidas de que:

[...] sem a proteção do meio ambiente, os objetivos da integração econômica comunitária estariam, em não pequena medida, prejudicados. Integração não convive, sem suportar obstáculos, com fatores de desintegração, como poluição do meio ambiente, a degradação ambiental<sup>24</sup>

Visando justamente a preservação dos mencionados interesses, compreende-se a fundamental importância dos Programas de Ação Ambiental para coordenar a integração econômica comunitária com a preservação do meio ambiente. Traçando objetivos, mesmo que gerais e não vinculantes, que direcionam a agenda dos Estados membros, os PAA funcionam como moldura e guia para as iniciativas da política europeia ambiental comum. Os programas vêm sendo aprimorados a cada nova versão, que se completa e se desenvolve tendo como base as defi-

22 “A sustainable Europe for a Better World: an European Union Strategy” Comunicação da Comissão 264 final, de 15 de maio de 2001. No original: “requires that economic growth supports social progress and respects the environment, that social policy underpins economic performance, and that environmental policy is cost-effective”

23 “Salir fortalecidos de la Crisis” - CE (2010) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010) 2020 final

24 BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: União Européia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 526.

ciências das versões anteriores, e compõem, conjuntamente com as demais normas europeias em que os programas se apoiam, o arcabouço necessário para a harmonização dos interesses econômicos com os ambientais. Ainda que o Sétimo Programa Ambiental tenha apresentado falhas em alguns âmbitos da sua aplicação, deve-se reconhecer que muito se avançou com o atual quadro normativo e espera-se que o próximo Programa de Ação Ambiental seja mais efetivo e completo do que os anteriores, contornando os problemas explicitados por meio da horizontalização das relações de governança.

Para o futuro, espera-se que os problemas ambientais que venham a surgir sejam englobados pelos próximos Programas de Ação e que tais programas sejam ajustados de forma a melhor refletir os princípios europeus e propiciar uma aplicação eficiente e participativa da política ambiental comum. Reforça-se que mesmo que os programas não sejam de cunho vinculante, esta iniciativa é de fundamental importância para guiar a trajetória das políticas ambientais europeias, bem como para manter vivos e em voga os objetivos europeus para com o meio ambiente.

**AGRADECIMENTO:** A autora Jamile Bergamaschine Mata Diz agradece à FAPEMIG - Fundação de Amparo à Investigação do Estado de Minas Gerais pelo financiamento dado à pesquisa vinculada ao presente trabalho no marco do Programa Pesquisador Mineiro – PPM

## REFERÊNCIAS

- Agência Europeia do Ambiente. Environmental indicator report 2018 - In support to the monitoring of the Seventh Environment Action Programme. 2018, disponível em <https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-indicator-report-2018>, acesso em 22/04/2019.
- BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Comité Económico e Social Europeu. Parecer sobre a Proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um programa geral de ação da União para 2020 em matéria de ambiente “Viver bem, dentro das limitações do nosso planeta” COM(2012) 710 final – 2012/0337 (COD), 2013.
- Committee of the Regions. White Paper in Coopenergy Consotium, 2015, A Guide for Multi-Level Governace for Local and Regional Authorities, disponível em [https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Sustainable%20Energy%20Action%20Plans%20\(SEAP\).pdf](https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Sustainable%20Energy%20Action%20Plans%20(SEAP).pdf), acesso em 27/06/2019.
- Comunicação da Comissão. A sustainable Europe for a Better World: an European Union Strategy, 264 final, de 15 de maio de 2001.
- DEL POZO, Carlos F. Molina. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: Dijusa, 2002.
- DEL POZO, Carlos F. Molina; MATA DIZ, Jamile. Meio ambiente e União Europeia: o desenvolvimento sustentável a partir do enfoque do direito comunitário In: *Nova ordem ambiental internacional e desenvolvimento sustentável*. MATA DIZ, Jamile B. (org.) Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 1-14.
- European Commission, 2016, Communication - Delivering the Benefits of EU environmental policies through a regular Environmental Implementation Review, COM(2016) 316 final.
- GANCHEVA, Mariya; O'BRIEN, Sarah; MONTEIRO, Catarina; VALENTINO, Alessia. *Towards an 8th Environment Action Programme – Local and Regional dimension*. Committee of the Regions (CoR), European Union, 2018. Disponível em <https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Towards-an-8th-EAP.pdf>, acesso em 27/06/2019.

- GARCÍA, Enrique Alonso. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. In: El marco Constitucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la Legislación Ambiental Comunitaria, *Cuadernos de Estudios Europeos*, vol. I, Madrid: Ed. Civitas, 1993.
- KRAMER, Ludwing. *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. (tradução de ALFONSO, Luciano Parejo e MOLINA, Ángel Manuel), Madrid: Marcial Pons, 1999.
- MATA DIZ, Jamile B. M., LEMOS JR., Eloy. *A distribuição de competências no direito comunitário europeu e o Tratado de Lisboa: a questão das competências inominadas*. In: Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos. Anais do XXI CONPEDI. Uberlândia: CONPEDI/Boiteux, 2012.
- MATA DIZ, Jamile B.; GOULART, Rayelle C. C. A aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias. In: *Direito e sustentabilidade*. Florianópolis: CONPEDI/FUNJAB, 2013, v.I, p. 37-66.
- MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. 1ª ed. Madrid: Trivium, 1991.
- PLAZA MARTIN, Carmen. Medio ambiente en la Unión Europea. In: *Tratado de derecho ambiental*. Alvarez, Luis Ortega; GARCÍA, Consuelo A. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- RAMÓN, Fernando López. Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental. Medio Ambiente & Derecho: *Revista electrónica de derecho ambiental*, n. 1, 1998.
- RUIZ, José Juste. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: Mc- Graw-Hill, 1999.

# O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil

Rubens Beçak<sup>1</sup>  
e Guilherme de Siqueira Castro<sup>2</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.12](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.12)

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país megadiverso,<sup>3</sup> responsável por 20% de todo o conjunto de espécies animais e vegetais existentes no mundo. Durante anos o país sofreu com uma série de atos de biopirataria. A casuística é grande, envolve a venda de sementes, frutos e animais brasileiros no exterior. Inclui, ainda, o patenteamento de recursos genéticos,<sup>4</sup> sem autorização do governo brasileiro, para uso na indústria farmacêutica.<sup>5</sup>

- 1 Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Pós-graduação). Foi Secretário Geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Contato: prof.becak@usp.br.
- 2 Mestrando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Contato: guicastro@usp.br.
- 3 O conceito de país megadiverso refere-se aos países mais ricos em biodiversidade no mundo. Termo cunhado originalmente pela organização não-governamental *Conservancy International* em 1988, logo se disseminou em documentos oficiais da Organização das Nações Unidas – ONU, em relatórios oficiais de governos e em *papers* científicos. O conceito de megadiversidade faz parte de uma estratégia orientada para aumentar a consciência nacional para a conservação da biodiversidade em nações com alta diversidade biológica, com muitas espécies exclusivas. Um país megadiverso deve possuir, necessariamente, ao menos 5.000 (cinco mil) espécies de plantas como endêmicas (espécies botânicas que se desenvolve, naturalmente, em regiões específicas) e um ecossistema marinho em suas fronteiras. Cf. Mittermeier, R. A., Robles Gil, P. & Mittermeier, C. G. Megadiversity: Earth's Biologically Wealthiest Nation. In: McAllister, D.E., A.L. Hamilton and B. Harvery (Eds.). *Global Freshwater Biodiversity*. Sea Wind, Cemex, Mexico City, 11: 1- 140.
- 4 Segundo o artigo 2º, inciso I, da lei n.º 13.123/2016, patrimônio genético é a informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos.
- 5 Nesta toada, o caso emblemático é o do patenteamento da pilocarpina pela Merck, multinacional alemã do ramo farmacêutico, em 1991. A pilocarpina é encontrada no arbusto conhecido como jaborandi (*pilocarpus microphyllus*). A pilocarpina é um alcalóide usado na oftalmologia para contração da pupila, importante em certos procedimentos cirúrgicos, também é usada no tratamento de certos tipos de glaucoma e, em 1994, foi aprovada pela Food and Drug Administration (FDA) norte-americana para o tratamento de xerostomia de pós-irradiação (boca seca) em pacientes com câncer de cabeça e de pescoço. Ocorre que o uso do jaborandi para aumentar a produção de suor e salivação não decorreu de pesquisas da multinacional alemã, mas do uso não autorizado do conhecimento tradicional dos índios tupi-guarani sobre a folha do jaborandi, denominada desde tempos imemoriais como planta que faz babar (yaborã-di). Por

Em linhas gerais, o desenvolvimento de novos fármacos, sementes e técnicas de cultivo por empresas multinacionais, a partir do acesso sem autorização ao conhecimento dos povos indígenas e agricultores tradicionais sobre as propriedades de plantas e microrganismos localizados em países periféricos como o Brasil, reforça uma divisão desigual da riqueza e coloca em risco o uso da biodiversidade para futuras gerações.

A prática da biopirataria fortalece uma especialização produtiva injusta entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento ficam submetidos ao papel de fornecedores de matéria prima e eternos compradores de tecnologia dos países desenvolvidos. A mais valia deste arranjo econômico impede o avanço econômico-social dos países periféricos.

Além disso, o uso do conhecimento tradicional de índios, quilombolas e agricultores tradicionais, sem o devido reconhecimento e consentimento, incentiva a exploração predatória da biodiversidade e a invasão de terras indígenas e quilombos para acesso a matéria prima. No Brasil, o saldo é o incremento de conflitos fundiários, como bem ilustra o litígio constitucional envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol,<sup>6</sup> e a elaboração de teses racialistas que reforçam estereótipos de vagabundagem e incompetência de índios e quilombolas.

Ocorre que não é possível o desenvolvimento sustentável que se fizer sem ou contra os índios e quilombolas, onde eles se encontrem instalados por modo tradicional. O desenvolvimento deve ser ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena, quilombola e de outras comunidades tradicionais no território brasileiro.

Nesse cenário, é possível inferir que a biopirataria é um problema socialmente relevante no Brasil, que demanda uma ação planejada e coordenada entre governo e todos os segmentos da sociedade diretamente afetados. Dito de outro modo, um arranjo regulatório de exploração sustentável do patrimônio genético da biodiversidade brasileira implica em participação democrática, especialmente das comunidades indígenas e quilombolas detentoras dos conhecimentos tradicionais associados ao uso do patrimônio genético, nos termos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.<sup>7</sup>

## 2. MARCO TEÓRICO

Para efeitos deste trabalho, adotamos o conceito de políticas públicas como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente

---

outro lado, o uso do recurso biológico não foi autorizado pelo governo brasileiro e os benefícios resultantes da pesquisa e comercialização da pilocarpina não são compartilhados com o sistema público de saúde brasileiro, que paga pelo uso da droga, tampouco o uso do conhecimento dos índios tupi-guarani se reverteu em alguma remuneração em proveito das comunidades. Cf. PINHEIRO, Claudio Urbano B.. Extrativismo, cultivo e privatização do jaborandi (*Pilocarpus microphyllus* Stapf ex Holm.; Rutaceae) no Maranhão, Brasil Extrativismo, cultivo e privatização do jabo-randi (*Pilocarpus microphyllus* Stapf ex Holm.; Rutaceae) no Maranhão, Brasil. *Acta Bot. Bras.*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 141-150, Apr. 2002. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-33062002000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-33062002000200002&lng=en&nrm=iso)>. Access on 29 May 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-33062002000200002>.

6 BRASIL (2009) Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049. Disponível em em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 30 nov. 2017.

7 BRASIL (2004). Decreto. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm). Acesso em 30 nov. 2017.

regulados visando coordenar os meios à disposição dos Estados e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>8</sup>

Do referido conceito de políticas públicas extrai-se a conclusão que a política pública normalmente se expressa por meio de processos / procedimentos. Aqui se utiliza o vocábulo processo em sentido amplo e polissêmico, não se confundindo com o processo judicial. A processualidade das políticas públicas decorre da visão sociológica de que a sociedade pós-moderna é inerentemente conflitiva e o Estado é o *locus* onde a grande maioria desses conflitos serão dirimidos.

A ideia de processo em políticas públicas liga-se à noção de história institucional da decisão.<sup>9</sup> A processualidade é uma espécie de racionalização da ação governamental desde a detecção do problema, desenvolvimento e implementação de ações, até o aprendizado institucional e replicação das ações em outros setores.

Na tradição dos estudos sobre democracia, o processo (em sentido amplo) é uma condição básica para que qualquer disputa social possa ser levada a termo sem recorrer a um modelo de coação, valendo-se de um modelo procedimental que engaja as diversas partes do conflito na solução mediante a oferta de certeza de que será tomada uma decisão, com a participação de todos interessados, cujo resultado inicial é incerto ou imprevisível as partes (v. g. processo eleitoral). Deste modo, o processo democrático engaja os diversos atores envolvidos a contribuir na formação da decisão, resultado legítimo do procedimento participativo.

Neste sentido, a deliberatividade é um elemento fulcral para a tomada de decisões no processo democrático.<sup>10</sup> Não existe um modelo teórico unificado da deliberação, mas é possível destacar alguns requisitos comuns de experiências existentes no Brasil e no exterior: os agentes envolvidos estão cometidos nos valores da racionalidade e da imparcialidade, os afetados pela decisão podem tomar parte no processo de deliberação diretamente ou por meio de seus representantes e, finalmente, uma mentalidade dialógica, ou seja, disposição de rever ou alterar crenças, pensamentos e preferências.<sup>11</sup>

### 3. CONCEITOS BÁSICOS

Antes de adentrar na questão da participação democrática, imperativo se faz uma breve introdução aos conceitos básicos sobre biopirataria, patrimônio genético, repartição de benefícios e comunidades tradicionais.

A definição mais comum de biosfera é dada como o conjunto de todos os ecossistemas do planeta Terra. Entretanto, a biosfera é mais do que um coletivo de ecossistemas. Cuida-se de uma plataforma de informação que disciplina a vida no planeta, baseada em um código específico: o código DNA – ácido desoxirribonucleico.<sup>12</sup>

A possibilidade de manipulação das informações genéticas implica em dilemas científicos e regulatórios da tecnologia aplicada a vida. O ser humano interfere nessas interações informacionais desde o neolítico, período de desenvolvimento da agricultura, com a domesticação de animais, cruzamento de espécies vegetais, seleção de grãos e técnicas de cultivo do solo.

---

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. O Governo como Instituição Jurídica – fundamentos para um método de análise jurídica de políticas públicas. Tese de livre docência. São Paulo: FADUSP, 2011, p. 129.

10 BEÇAK, Rubens. Democracia – hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

11 Idem, p. 77-78.

12 GLEICK, James. The information: a history, a theory, a flood. Pantheon Books, New York, 2011, p. 295.

Todavia, a biotecnologia do século XXI e suas técnicas de engenharia genômica representam uma verdadeira revolução com implicações éticas, ecológicas e socioeconômicas.

Nesse sentido, explica-se o motivo do legislador brasileiro definir patrimônio genético como “informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos”, conforme artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 13.123/2015.

A Lei n.º 13.123/2015 foi instituída para disciplinar o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios decorrentes desses bens ambientais. A edição da referida lei regulamenta o artigo 225, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que incumbe ao Estado brasileiro o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Em tese, a referida lei estabelece uma política pública de controle da biotecnologia no Brasil, ao regular o uso e acesso da informação genética presente na flora e na fauna brasileira, bem como protege os conhecimentos tradicionais sobre as mesmas, construídos coletivamente e transmitidos de geração a geração pelas comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e de agricultores tradicionais. Ao regular o uso da sua diversidade ecológica, o Estado brasileiro pretendeu oferecer uma resposta adequada ao fenômeno da biopirataria.

Ocorre que não há uma definição clara do conceito de biopirataria no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas vezes, este termo é utilizado de sinônimo para tráfico de animais ou espécimes da flora. Fala-se, ainda, em biopirataria do patrimônio genético humano, o que inclui tráfico de tecidos e órgãos humanos ou pesquisas médicas com seres humanos em desacordo com os princípios da bioética. Esses são casos que a doutrina brasileira denomina de biopirataria *lato sensu* e não serão objeto de nossa análise.<sup>13</sup>

A biopirataria *strictu sensu* pode ser definida como a atividade que envolve o acesso clandestino aos recursos genéticos de determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos, sem a repartição dos eventuais benefícios entre países e comunidades tradicionais. O acesso clandestino é aquele sem cadastro, autorização ou licença do país detentor do recurso genético, ou sem consentimento prévio informado, da população tradicional detentora do conhecimento associado ao uso deste.

O conhecimento tradicional associado é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético. Imperativo consignar que a repartição dos benefícios decorrentes do ato de biopirataria não convalida a extração ilegal da informação genética ou uso desautorizado do conhecimento tradicional associado. Afinal, pode haver pirataria de bens ambientais sem a concretização dos benefícios econômicos esperados.

#### **4. A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA TUTELA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO.**

A questão da biopirataria envolve uma polêmica norte-sul e poder ser inserida no âmbito dos estudos pós-coloniais ou decoloniais. Na literatura baseada no paradigma colonial há uma postura negacionista acerca da questão. A grosso modo, as políticas regulatórias de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado são tratadas como barreiras à inovação.

13 PANCHERI, Ivanira. Biopirataria – reflexões sobre um tipo penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 108. Páginas 443-487, jan./dez. 2013, p. 444.

Para se contrapor ao termo biopirataria ou grilagem, esses críticos utilizam o termo bio-prospecção, definida como uma espécie de exploração de recurso bioquímicos e genéticos comercialmente valiosos. Trata-se de uma metáfora emprestada da indústria de prospecção de minérios, tais como ouro e o petróleo.<sup>14</sup>

Subjacente ao uso desse tipo de eufemismos, existem ideologias justificadoras que devem ser repudiadas. A teoria jurídica canônica da *terra nullius*, que definia as terras dos povos não europeus como vazias e permitia a colonização, deu lugar ao direito de propriedade intelectual da *bio nullius*: a natureza é definida como uma matéria vazia e os povos tradicionais como bárbaros que não criam, tampouco inovam, em matéria de biotecnologia, o que justificaria o patenteamento das formas de vida.<sup>15</sup>

No fundo, entender as demandas dos países megadiversos e suas populações tradicionais no tema da biopirataria exige uma mudança do paradigma eurocêntrico de modernidade e desenvolvimento econômico-social.

Em primeiro lugar, é preciso superar o eurocentrismo exacerbado promovido pela globalização. Deve-se reconhecer que esse modelo de interação social que conecta diversas sociedades ao redor do globo está baseado na imposição de um modelo civilizacional sobre as demais culturas e populações. O universalismo preconizado pelos partidários da globalização é um movimento de sentido único que não se sustenta, eis que os povos colonizados não são povos “sem história”. Portanto, um modelo pós-colonial precisa urgentemente reinterpretar a globalização e suas instituições.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o método científico não é a única forma de explicação da realidade. A sabedoria tradicional das comunidades indígenas, ribeirinhas, pastoris e quilombolas formam um sistema de conhecimento diverso do sistema científico tradicional, mas de uma criatividade ecológica surpreendente.<sup>16</sup> A noção de autor da invenção, conceito relacionado com a tradição individual liberal, deve ser flexibilizada para incluir, além das empresas de biotecnologia com suas patentes e os pesquisadores em universidades, a criatividade e inovação das comunidades tradicionais.

Vale pontuar, ainda, que os defensores do patenteamento da diversidade ecológica entendem que a informação genética é um bem não exclusivo e não rival, ou seja, um bem público, nos termos da teoria econômica.<sup>17</sup> Assim, para os críticos não existe uma razão economicamente justificável para proteger o conhecimento etnobiológico ancestral como propriedade, pois o uso da informação genética não extingue o bem e permite que terceiros continuem usando a mesma informação da maneira que bem entenderem.<sup>18</sup>

Todavia, ocorre justamente o contrário do preconizado. A ciência já comprovou que as formas de vida não são meras máquinas, possuem auto-organização e podem se reorganizar.<sup>19</sup> A comoditização de sementes, frutos e animais eleva os riscos de contaminação e extinção de

---

14 SHIVA, Vandana. *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*. Berkley, California: North Atlantic Books, 2016, p. 72.

15 SHIVA, Vandana. *Idem*, p.08.

16 *Idem*, p. 08.

17 Os bens públicos são o exemplo extremo de externalidade positiva na economia. Os bens públicos são mercadorias em que o custo de estender a prestação a uma pessoa adicional é zero e que o uso não pode ser subtraído a ninguém. Os benefícios dos bens públicos são difusos, o que desestimula os agentes privados a prestar esse serviços. Cf. SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. *Macroeconomía*. 16ª edição. Madrid: McGraw-Hill / Interamericana de España, 2005, p. 36.

18 CHEN, Jim. *There's No Such Thing as Biopiracy...and It's a Good Thing Too*. Publicado originalmente em *McGeorge Law Review*, volume 37, 2006, p. 22. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=781824](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=781824). Acesso em 30.09.2017.

19 Essa capacidade auto organizacional dos sistemas biológicos é denominada autopoiese. Cf. MATURANA, Humberto. *A Ontologia da Realidade*. Tradução e organização de Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. 2ª edição. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014.

variantes naturais, colocando em risco a biodiversidade. Em outras palavras, a manipulação genética e sua privatização via patente pode extinguir espécies vegetais endêmicas, o que afeta todo ecossistema.

## 5. O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE USO E ACESSO DA BIODIVERSIDADE BRASILEIRA

É certo que ao introduzir o rico debate sobre biopirataria no plano interno, o Estado brasileiro muitas vezes reproduz o que combate na arena diplomática. O fato é que tanto no processo legislativo que resultou na edição da lei de uso e acesso ao patrimônio genético,<sup>20</sup> quanto no desenho do decreto regulamentar expedido pelo Chefe do Poder Executivo,<sup>21</sup> as comunidades tradicionais do Brasil foram ignoradas, tratadas na perspectiva colonial de bárbaros que não tem nada a acrescentar ao marco regulatório do uso do patrimônio genético.

Em linhas gerais, o projeto de lei que resultou na lei n.º 13.123/2015 teve início na Câmara dos Deputados, foi revisto em parte no Senado Federal, para depois retornar para a Câmara dos Deputados. Neste trâmite, houve apenas 01 (uma) audiência pública com representantes das comunidades indígenas realizada em Brasília.<sup>22</sup>

A Câmara Alta do parlamento brasileiro deliberou sobre o projeto sem consultar o grupo social diretamente interessado na decisão. Não se trata de mero desrespeito à forma do processo legislativo, supostamente convalidado pela ocorrência de 01 (uma) audiência pública na Câmara dos Deputados. Pelo contrário, trata-se de uma oportunidade perdida. A deliberatividade do processo legislativo implica em forma e conteúdo.

A forma inclui um processo de consulta da população indígena e quilombola potencialmente afetada pelo advento da lei, com audiências públicas no Congresso Nacional para dialogar com os diversos representantes desta comunidade. O aspecto substancial implica no compromisso com a racionalidade e imparcialidade a que referimos anteriormente, disponibilidade de dialogar e mudar de opinião, algo diametralmente oposto à mentalidade personalista do presidencialismo latino-americano.<sup>23</sup>

Uma das marcas deste modelo é a valorização da figura do governante e suas políticas em detrimento das instituições e do debate plural, o que torna muitas vezes inviável a deliberatividade da decisão política, já que imparcialidade e personalismo são mutuamente excludentes. Neste contexto personalista, a participação da comunidade indígena e quilombola é interpretada como um entrave burocrático e foi manipulada para tornar-se meramente homologatória da decisão do governo. Não se trabalha com a possibilidade de aperfeiçoamento decisório por meio da participação de todos os atores sociais envolvidos.

Há quem vislumbre que a solicitação de regime de urgência para o trâmite do projeto de lei foi um empecilho que dificultou a participação das comunidades indígenas e quilombolas.<sup>24</sup> Todavia, a proposta que deu origem ao projeto foi basicamente elaborada pelos

20 BRASIL (2015). Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm). Acesso em: 30 nov. 2017.

21 BRASIL (2016). Decreto n.º 8.772, de 11 de maio de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm). Acesso em 30.09.2017.

22 TÁVORA, F.L. et al. Comentários à Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, (Texto para Discussão n.º 184), p. 23. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 30 set. 2017.

23 BEÇAK, Rubens. A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988. Campinas: Millennium, 2008, p. 61.

24 TÁVORA, F.L. et al. Comentários à Lei n.º 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015, (Texto para Discussão n.º 184), p. 23. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 30 set. 2017.

Ministérios de Meio Ambiente e de Ciência e Tecnologia, em trezentas reuniões com o setor empresarial, representado por um grupo de lobistas autodenominado Coalizão Empresarial pela Biodiversidade, conforme denunciado pelos movimentos sociais.<sup>25</sup>

Carlos Santiago Nino define a democracia como um processo de discussão moral sujeito a um limite de tempo,<sup>26</sup> mas não se trata no caso de falta de tempo e sim de disponibilidade para o diálogo. Deste modo, a discussão da regulação do patrimônio genético à revelia das comunidades indígenas contaminou todo o processo, inclusive na fase embrionária do projeto, antecedente a formalização de projeto de lei.

No processo de elaboração do decreto regulamentar, o Ministério do Meio Ambiente tentou, de início, estabelecer um processo de consulta regionalizado, por meio da realização de 06 (seis) oficinas regionais com representantes dos povos tradicionais, em Rio Branco (AC), Belém (PA), Montes Claros (MG), Porto Alegre (RS), Campo Grande (MS) e Salvador (BA). Curiosamente, as oficinas foram realizadas sem a divulgação da minuta do decreto, o que prejudicou a interlocução com a sociedade e gerou um movimento de boicote a audiência pública nacional, realizada em Brasília.<sup>27</sup>

A doutrina aponta ao menos três insatisfações dos povos indígenas com o marco regulatório do patrimônio genético: um aspecto conceitual referente ao termo “população indígena”, o consentimento prévio informado e a repartição dos benefícios.<sup>28</sup>

O aspecto conceitual é o uso do termo “população indígena” ao invés de “povos indígenas” utilizado na lei e no decreto regulamentar. Para o movimento indígena, o conceito de “população” é discrepante do termo “povo”, conota o prolongamento da assimilação forçada das nações indígenas pelo colonizador europeu. Subjacente a crítica, está a ideia de proteger o legado das diversas nações indígenas que existiam antes da colonização europeia e o plurinacionalismo dos Estados latino-americanos.<sup>29</sup>

Em relação ao consentimento prévio informado para o uso ou acesso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade, as críticas são direcionadas a flexibilização das hipóteses de consentimento, pois a lei brasileira diferencia conhecimento tradicional associado de origem identificável daquela de origem não identificável (conhecimento em que não há possibilidade de vincular a sua origem a um grupo ou população indígena ou quilombola).

No caso do conhecimento tradicional associado a biodiversidade de origem identificável, a lei brasileira oferece segurança jurídica ao grupo provedor do conhecimento, exigindo consentimento prévio informado, o direito de negar acesso a terceiros e a liberdade de pactuar termos e condições. Ocorre que esses direitos não existem no caso do conhecimento tradicional

---

25 SILVA, Liana Amin Lima da; DALLAGNOL, André Halloys. Violação do direito à consulta prévia no processo de elaboração da lei: vício congênito, p. 117. In: Moreira, Eliane Cristina Pinto (Org.). A “nova” lei n.º 13.123/2015 no velho marco legal da biodiversidade: entre retrocessos e violações. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017.

26 NINO, Carlos Santiago. La constitucion de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 167

27 MACHADO, Carlos José Saldanha. GODINHO, Rosemay Sampaio. VILANI, Rodrigo Machado. Decreto 8.772/2016: riscos e retrocessos na proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Revista de Direito Ambiental. Volume 86/2017 p. 327-344.

28 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a teoria discursiva do direito em Habermas. Revista de Direito Ambiental, vol. 87 / 2017, p. 301-326, jul-set de 2017.

29 O chamado novo constitucionalismo latino-americano advoga a construção democrática de regras de reconhecimento recíproco entre identidades e culturas distintas, para que os povos originários possam viver de acordo com suas regras e costumes, uma espécie de autogoverno sem separatismo, tal como a Constituição boliviana de 2009. Cf. RODEGHERI, Leticia Bodanese. Um novo olhar sobre o constitucionalismo moderno: a possibilidade do plurinacionalismo no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em 04 dez. 2017.

associado de origem não identificável, o que à primeira vista parece proporcional. Todavia, a transmissão do conhecimento nas culturas indígenas e quilombolas é feita de maneira oral, sem registros históricos detalhados, muitas vezes não se sabe a origem destes conhecimentos que são utilizados há séculos pela comunidade.

A dificuldade de catalogar a origem do conhecimento tradicional associado permite, na prática, flexibilizar a necessidade do consentimento prévio. A insegurança sobre a titularidade abre excessiva margem para a discricionariedade administrativa e judicial, enfraquecendo a finalidade da lei de assegurar a participação dos povos indígenas e quilombolas neste processo. Ante esta dificuldade, razoável seria vincular a exigência do prévio consentimento aos povos identificados como simples usuários deste conhecimento, independentemente de aos mesmos atribuir-se a qualidade de descobridores ou criadores desta sabedoria ancestral.

Em relação a repartição justa e equitativa dos benefícios as críticas são direcionadas a isenção da cadeia produtiva, posto que somente o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo estará sujeito a repartição, dispensando-se desenvolvedores e fabricantes de produtos intermediários, conforme artigo 17 da Lei n.º 13.123/2015. Outro ponto de descontentamento foi o estabelecimento de um teto para a repartição de benefícios ao invés de um piso mínimo. Será devida uma parcela de 1% (um por cento) da receita líquida anual obtida com a exploração econômica, ressalvada a hipótese de redução para até 0,1 (um décimo) pela União, a pedido do interessado para garantir a competitividade setorial da indústria brasileira.

Não é o caso de entrar no mérito de todas as críticas do movimento indígena neste texto. Entretanto, é imperativo reconhecer que a expectativa dos povos indígenas de participar do debate público não foi atendida. Os povos indígenas não puderam deliberar sobre o destino dos conhecimentos relativos à biodiversidade de que são detentores há gerações, com oportunidade de expor suas razões e influenciar no resultado decisório.

A consulta aos povos indígenas foi protocolar, uma tentativa de legitimar uma decisão previamente tomada sobre a regulação do uso do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, o que viola a norma insculpida no artigo 6º da Convenção n.º 169 da OIT. Cuida-se de norma jurídica devidamente incorporada ao ordenamento brasileiro que garante as comunidades indígenas e quilombolas o direito à consulta prévia e de se manifestar tempestivamente sobre quaisquer leis ou regulamentos que possam afetar seus direitos.

O mecanismo de consulta prévia está previsto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT, quando consagra que os governos deverão consultar os povos indígenas e tradicionais, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Considerando que a referida convenção trata de questões de direitos humanos, tem força supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.<sup>30</sup> Noutros termos: a Convenção 169 da OIT, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Constituição, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a elaboração de medidas legislativas que impactam modo de vida, cultura ou economia dos povos indígenas sem prévia consulta democrática aos atores sociais impactados.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 94013, Relator: Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396. Recurso Extraordinário n.º 349703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

Não é norma constitucional, ante a falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite o acesso ou uso dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas quando editada sem participação substancial de representantes dos povos originários, quilombolas ou agricultores tradicionais. A força supralegal do dispositivo jurídico em questão permite o controle judicial de convencionalidade da Lei 13.123/2015, com a possibilidade de declaração de nulidade da lei.

Ao problema de validade jurídica da Lei 13.123/2015 no ordenamento brasileiro soma-se a inoperância administrativa dos órgãos de participação criados pela Lei 13.123/2015 para garantir a gestão democrática do patrimônio genético brasileiro: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen e o conselho gestor do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB.

O primeiro está previsto no artigo 6º da lei. Cuida-se de um órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios, formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal e representação da sociedade civil, oriundos do setor empresarial, do setor acadêmico e das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

O segundo, previsto no artigo 30 da Lei 13.123/2015, cuida do gerenciamento do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios – FNRB. O referido fundo, criado pela mesma lei, é um instrumento jurídico de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, criado com o objetivo de valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável.

Parte da doutrina aventou a possibilidade que o déficit democrático do processo legislativo poderia ser sanado com a participação das comunidades tradicionais nos conselhos criados pela Lei 13.123/2015.<sup>31</sup> Todavia, os órgãos de participação democrática previstos na legislação jamais foram instalados. O decreto que regulamenta o funcionamento destes órgãos é de 2015, mas os conselhos mal funcionam e no FNRB jamais foi depositado qualquer centavo.<sup>32</sup>

Em 2016 houve o impeachment da presidente Dilma Rousseff, cujo governo tratou a questão da participação democrática na gestão da política pública de combate à biopirataria de maneira paradoxal. Por um lado, elaborou a Lei 13.123/2015 à revelia da sociedade civil e regulamentou a lei com rapidez de modo a evitar a participação dos povos indígenas, a despeito do disposto no artigo 6º da Convenção 169 da OIT. Por outro lado, o governo garantiu no texto da lei a participação das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado ao uso deste patrimônio.

O governo sucessor, de Michel Temer, tampouco realizou alguma medida concreta para instalação destes órgãos de participação democrática, apesar dos contribuintes brasileiros terem gastado, no ano fiscal de 2017, o valor de R\$ 69.576,00 para custear passagens e diárias para as reuniões CGen e do Conselho Gestor do FNRB.

---

31 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. BRITO, Nathalia Bastos do Vale. *Idem*.

32 BRASIL (2017). Protocolo n.º 02680002094201721. e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão. Requerente: Guilherme de Siqueira Castro. Requerido: Ministério do Meio Ambiente – MMA. Resumo da solicitação: funcionamento e instalação do Fundo Nacional para Repartição de Benefícios – FNRB e Programa Nacional de Repartição de Benefícios – PNRB, previstos na Lei 13.123/2015. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/DetalhePedido.aspx?id=5GBkR8tkqCQ=>. Acesso em 04 dez. 2017.

O atual governo, do presidente Jair Bolsonaro, optou por extinguir todos os conselhos, comissões e colegiados da Administração Pública Federal, sob o argumento de desburocratizar o Estado, o que atingiu CGen e do Conselho Gestor do FNRFP.<sup>33</sup> A decisão governamental foi questionada perante a Corte Constitucional brasileira (STF), que considerou, em recente decisão, que a competência presidencial de organização e funcionamento da administração federal outorgada pela Constituição não permite a extinção de conselhos, comissões e colegiados criados por lei, sob pena de transgressão do princípio da separação dos poderes.<sup>34</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Decorre de todo este cenário a necessidade de revisão das políticas públicas de combate à biopirataria, tanto do ponto de vista legislativo, como na atuação do Poder Executivo. Neste sentido, a deliberatividade do processo decisório deve ser vista como uma forma de aperfeiçoamento democrático, não um entrave burocrático.

A positivação da participação democrática apenas para atender critérios de constitucionalidade formal, destituído de um grau mínimo de performance social, só deslegitima a democracia e suas instituições. Não basta realizar uma audiência pública ou deliberar sobre a regulamentação de um decreto sem um texto base a disposição de todos os interessados, tal como feito pelo governo brasileiro no presente caso.

As necessidades dos povos indígenas devem ser discutidas quando da edição ao marco regulatório de acesso ao patrimônio genético, mediante um processo de participação democrática de nítidas características deliberativas, assegurando-se a efetiva participação dessas comunidades. Infelizmente, os conselhos previstos na legislação para o debate não foram instalados, o que retroalimenta o déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria.

Na prática, não foi efetivamente construído um ambiente público propício para o debate equilibrado entre setor público, o setor privado e os povos indígenas. Quando a razão deliberativa falha, a judicialização do conflito é o remédio que resta. No presente caso, há espaço para intervenção judicial no impasse político com a declaração de nulidade da lei, com base no artigo 6º da Convenção 169 da OIT.

---

33 BRASIL (2019). Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm). Acesso em 13 de junho de 2019

34 BRASIL (2019). Supremo Tribunal Federal. Supremo suspende regra de decreto presidencial que extingue conselhos federais previstos em lei. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413987&caixaBusca=N>. Acesso em 13 de junho de 2019