

Ciencia Latina

Revista científica multidisciplinar

Diciembre 2017



Editada por: ALAC
Asociación Latinoamérica para el avance de las ciencias
Diciembre, 2017

Equipo editorial

Editor en Jefe

Dr. Francisco Hernández García, Universidad Nacional Autónoma de México, México

editor@ciencialatina.org

Soporte

Dr. Alberto Zapata, Universidad de los Andes, Colombia

Comité Científico

Dr. Mateo González, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile

Dr. Manoel Carvalho, Universidad de São Paulo, Brasil

Dra. Sandra Silva, Universidad de São Paulo, Brasil

Dra. Ana Oliveira, Universidad Estadual de Campinas, Brasil

Dra. Emilia Rojas, Universidad de Chile, Chile

Dr. Alex Rodríguez, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Agustín Muñoz, Universidad de Concepción, Chile

Dra. María Gaviria, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

Dra. Yanet Díaz, Universidad de La Habana, Cuba

Dra. Laura Quispe, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Dra. Márcia Sousa Lima, Universidad de Brasília, Brasil

Dr. João Pereira, Universidad Federal do Paraná, Brasil

Dr. José Antonio González, Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dr. Jayden Vargas, Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico

Dr. Dylan Zambrano, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador



Identificación de los factores influyentes en la estrategia de crecimiento de Villa Clara, Cuba a partir del análisis del ciclo de vida del destino turístico

Identification of the influential factors in the growth strategy of Villa Clara, Cuba, based on the analysis of the life cycle of the tourist destination

Giselle Rodríguez Jiménez
gisellero@uclv.edu.cu

Carlos Cristóbal Martínez Martínez
cristobalc@uclv.edu.cu

C Ramón Alberto Martín Fernández
ramon_martin@ftur.uh.cu

Universidad Central Marta Abreu de Las Villas

RESUMEN

El concepto de ciclo de vida es quizá una de las áreas que ha generado más interés entre los académicos y empresarios en los últimos años, es por ello que, en el presente estudio, se propuso como objetivo determinar los factores influyentes en la estrategia de crecimiento del destino turístico regional Villa Clara, Cuba, a partir de la fase en la que se encuentra su ciclo de vida. Se diseña un procedimiento de investigación, identificándose la fase de desarrollo del destino desde tres aristas o modelos fundamentales: el ciclo de vida de Butler (1980), el cálculo del Índice de Desarrollo Turístico propuesto por Coelho y Butler (2012), y el modelo trifásico de Martín (2006); para proponer la estrategia adecuada a la fase del ciclo de vida y los factores influyentes en la misma, así como las principales proyecciones futuras hasta el 2020 a alcanzar por el destino, manteniéndose estas condiciones.

Palabras clave: ciclo de vida, destino turístico, estrategia

ABSTRACT

The concept of life cycle is perhaps one of the areas that has generated more interest among academics and entrepreneurs in recent years, it is why in the present study it was proposed to determine the influential factors in the growth strategy of the destination touristic Villa Clara, Cuba, starting from the phase in which its life cycle is found. A research procedure is designed, identifying the stage of development of the destination from three fundamental edges or models: the life cycle by Butler (1980), the calculation of the Tourism Development Index proposed by Coelho and Butler (2012), and the three-phase model by Martin (2006); to propose the appropriate strategy to the life cycle phase and the influential factors in it, as well as the main future projections until 2020 to reach by destination, maintaining these conditions.

Keywords: life cycle, tourist destination, strategys

INTRODUCCIÓN

El carácter integrador de la experiencia turística y de la satisfacción global que expresan los turistas del viaje, ha reafirmado el enfoque de priorizar la gestión desde los destinos turísticos. Este enfoque exige de no reducir el destino a la suma de sus componentes y reconoce la complejidad que emerge del sin número de diversas relaciones de los agentes que operan en él. La gestión de destinos abarca dirigir, coordinar y apoyar la integración de diferentes recursos, actividades y agentes involucrados a través de políticas y medidas adecuadas. Su objetivo es gestionar los diversos componentes del sistema de modo tal que asegure el cumplimiento de las metas socio-económicas que el país espera de la actividad turística con un enfoque de desarrollo sostenible.

El IV Congreso del Partido Comunista de Cuba (1991) se pronunció por el desarrollo del turismo internacional, línea que fue ratificada en el V Congreso, celebrado en 1997. A partir del 2011 ha comenzado un nuevo grupo de reformas, orientadas por los 313 lineamientos aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista (PCC, 2011). La esencia de estas estrategias es la búsqueda de una mayor coherencia entre ingresos y gastos del estado, la aparición de nuevas libertades de consumo y viajes, así como la imperiosa necesidad de incrementar la eficiencia económica, mantener controlada la corrupción y solucionar el mejoramiento del nivel de vida material de la población (Martín, 2014).

Como parte de la implementación del lineamiento 256 que plantea: “La actividad turística deberá tener un crecimiento acelerado que permita dinamizar la economía, sobre la base de un programa de desarrollo eficiente”, el Mintur trazó una política para la confección de un programa de desarrollo que abarca hasta el año 2020 (Colectivo de autores, 2012).

Villa Clara es un destino turístico regional que posee numerosos atractivos turísticos por lo que se hace compleja la gestión, en él se encuentra uno de los destinos específicos más importantes en el país que recibe una gran cantidad de arribos al año. También posee atractivos históricos y culturales con la legendaria ciudad Remediana y la guerrillera Santa Clara. A ello se le suma el paisaje natural del Lago Hanabanilla y las aguas mineromedicinales de Elguea, conformando todo un destino regional a visitar por el turista interesado en una o varias de estas modalidades, a pesar de ello no se logra aprovechar suficientemente los atractivos del territorio por falta de una gestión integrada del destino.

El destino turístico constituye el principal enclave del desarrollo turístico de un territorio. En el contexto cubano su gestión ha estado limitada a las funciones de coordinación, supervisión y orientación de las delegaciones del Mintur en los territorios, las que para desarrollar su trabajo cuentan con instrumentos generales de gestión turística, tales como los planes de desarrollo, comerciales y de inversiones, entre otros.

Los mecanismos de actuación son operativos, realizan contactos regulares para el control de la actividad, orientación para la implementación de políticas ministeriales y territoriales, verificaciones periódicas de objetivos, facilitan la solución de conflictos entre los diferentes agentes implicados en la gestión del destino e intermedian con agentes externos al sector.

A pesar de los instrumentos estratégicos y los mecanismos operativos, la actual gestión del destino se caracteriza, en ocasiones, por un estilo reactivo más que predictivo o proactivo. A nivel de destino, no existe un sistema formalizado e integral de información que monitoree sistemáticamente los procesos e indicadores de gestión; esta deficiencia afecta la toma de decisiones y limita prever el futuro desarrollo de los acontecimientos, estar al tanto del comportamiento de las variables y de sus valores críticos, conocer el estado de desarrollo del ciclo de vida del destino y actuar en la corrección y ajuste de políticas y estrategias. Es por ello que, en la presente investigación, se plantea como objetivo determinar la fase del ciclo de vida del destino turístico regional Villa Clara y los factores influyentes en su estrategia de crecimiento.

Revisión bibliográfica

El análisis del turismo implica la utilización temporal de un espacio distinto al de la residencia habitual, donde se pretende desarrollar un conjunto de actividades recreativas a partir del uso de cualquier elemento natural, actividad humana o producto antropológico que pueda motivar el desplazamiento hacia dicho espacio con el móvil esencial de la curiosidad o la posibilidad de realizar una actividad física o intelectual (Rodríguez, 2005), lo que constituye el recurso turístico. Tanto el espacio natural como el medio social y cultural constituyen recursos turísticos que pueden convertirse en atractivos o facilidades para el desarrollo de la actividad (Salinas, 2003). El escenario turístico incluye la combinación de los recursos naturales y antrópicos en un todo único. Esto es lo que constituye el elemento fundamental del turismo: los atractivos turísticos.

Según Díaz los atractivos turísticos son:

El conjunto de elementos materiales y/o inmateriales que son susceptibles de ser transformados en un producto turístico que tenga capacidad para incidir sobre el proceso de decisión del turista provocando su visita a través de flujos de desplazamientos desde su lugar de residencia habitual hacia un determinado territorio; como su nombre lo indica se destacan por su poder de atraktividad de los flujos turísticos (Díaz, 2005).

Por tanto, el turismo siempre está vinculado a un cierto espacio objetivo y subjetivo a la vez, “mezcla de lo natural y lo antrópico e incluso de lo virtual”, denominado en su conjunto espacio turístico (Salinas, 2003).

En la actualidad, existen diversos puntos de vista en la conceptualización del término espacio turístico. Así, partiendo de la acepción más simple y general: “lugar geográfico determinado donde se asienta la oferta turística y hacia donde fluye la demanda” (OMT, 1998), se podría recurrir a múltiples definiciones abordadas por diferentes estudiosos del tema Boullón (1990), OMT, (1996), Cohen (2000), Capece (2002), Rodríguez (2005), Díaz (2005) y Salinas (2003) que coinciden en que se trata de un espacio geográfico concreto y objetivo, de dimensiones y formas variables, donde concurren recursos y atractivos favorables para el desarrollo de la actividad turística y donde se establece una infraestructura y un conjunto de instalaciones (planta turística), propiciadoras de esa actividad.

Dado que los destinos se consideran un conjunto de productos individuales que integran atractivos naturales y artificiales, lo que constituye la principal razón de viaje del turista (Machado, 2011); puede desarrollarse un destino en cada uno de los tipos de espacios turísticos y a su vez puede abarcar más de un tipo de espacio o la totalidad.

Tomando en consideración estos aportes, se determinaron los criterios o variables a tener en cuenta a la hora de abordar este término y se evaluó la representatividad de los mismos en los conceptos estudiados. La selección fue realizada de manera crítica, sobre la base de las definiciones más citadas tanto en la literatura nacional como internacional.

Utilizando el método de análisis Clúster, a través del paquete de programas estadístico SPSS para Windows (versión 22.0, 2013), se realizó la clasificación de estos criterios, considerando una medida binaria y calculando la distancia de similitud entre individuos o variables mediante el patrón diferencia de tamaño. Como método de unión de los individuos se aplicó el método de Ward, que evalúa la cercanía entre los grupos a partir de un análisis de la variación de las distancias entre grupos.

El resultado de la aplicación de este método permitió definir cuatro grupos de variables. Entre estos grupos aquel que incluye las variables: desplazamiento, límite real o percibido y recurso turístico, constituye el más representativo; lo que significa que el concepto de destino turístico a proponer debe integrar estos elementos.

En otro sentido, este análisis permitió agrupar a los autores en función de las variables que integran, de lo que resultaron cinco grupos, constituyendo el concepto propuesto por Valls (2004) un conglomerado por sí solo, pues agrupa la mayor cantidad de variables. Unido a esto, el hecho de que contiene aquellas variables identificadas como fundamentales a la hora de definir un concepto de destino turístico, son razones que llevan a la selección de este concepto como el más adecuado para los objetivos de esta investigación. Definiéndose como:

...el espacio geográfico determinado, con rasgos propios de climas, raíces, infraestructura y servicios, y con cierta capacidad administrativa para desarrollar instrumentos comunes de planificación, que adquiere centralidad atrayendo a turistas mediante productos perfectamente estructurados y adaptados a la satisfacción buscada, gracias a la puesta en valor y ordenación de los atractivos disponibles; dotados de una marca, y que se comercializa teniendo en cuenta su carácter integral (Valls, 2004).

Son varios los autores que han establecido diferentes tipologías para clasificar los destinos turísticos (Valls, 2004; Bigné et al., 2000; Buhalis, 2000; Rodríguez, 2005). Estas tipologías no se contradicen, sino que se complementan entre sí; por cuanto un destino de tipo circuito o una ruta puede incluir tanto un destino rural, de montaña o de costa. De igual forma, el turista puede establecerse en un destino sede central ya sea urbano, litoral o cualquiera de estos últimos, y desplazarse hacia otros destinos cercanos de otro tipo. Sobre esta base se logra una visión más amplia para la clasificación de cualquier destino turístico, lo que será tenido en cuenta en el transcurso de esta investigación.

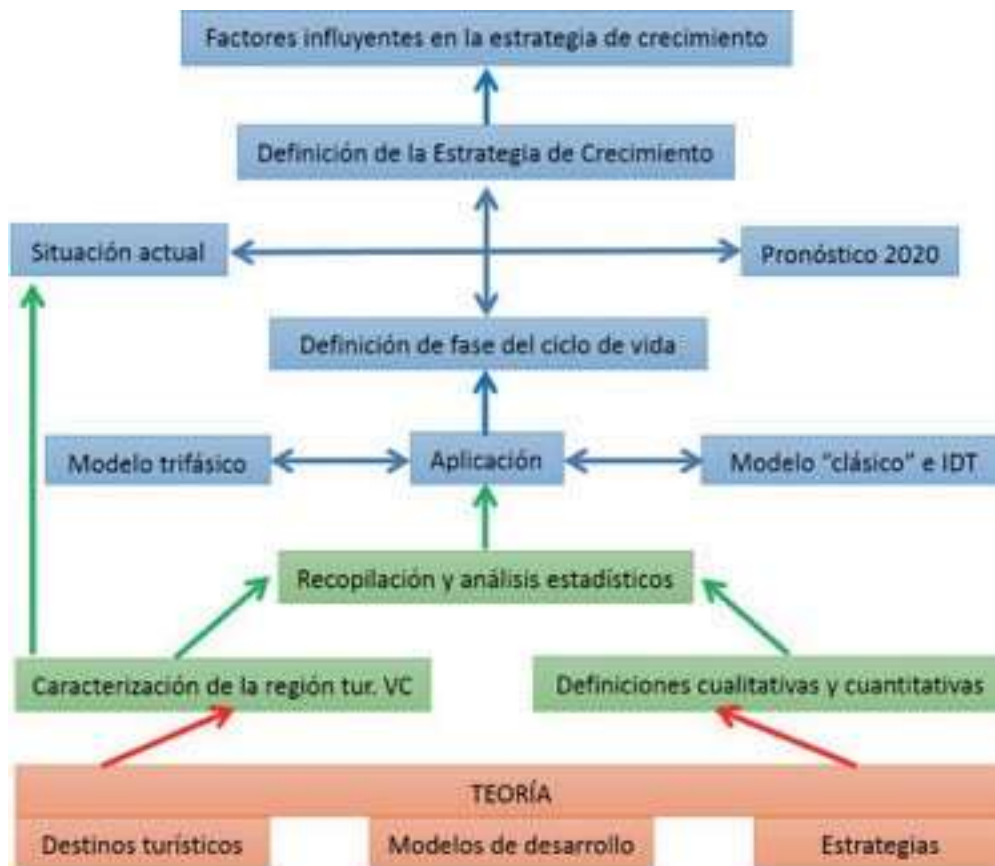
Para los efectos de la presente investigación se trabaja con la clasificación de Martín (2006) según su área geográfica. En general, al igual que las instalaciones, los territorios donde se efectúan actividades turísticas, pueden desarrollarse como productos a lo largo

del tiempo o crearse en un breve lapso con una conformación compleja. Por ello, los niveles de desarrollo, siempre acorde a la complejidad de su composición, se pueden clasificar como: Complejo Turístico, Polo Turístico, Destino Turístico Específico, Región Turística y Destino País.

METODOLOGÍA

El procedimiento general se ha expresado de forma gráfica para facilitar su comprensión, como se muestra la figura a continuación.

Figura 1. Procedimiento aplicado en la investigación.



Fuente: Rodríguez, 2016.

La búsqueda de la definición del tipo de estrategia de crecimiento más apropiada para las condiciones de la región turística Villa Clara, unida a los factores influyentes de cara al futuro a mediano plazo, parte de la definición de la fase del ciclo de vida en que se encuentra la región y de la evaluación de los rasgos que cumple en las fases del modelo trifásico. A su vez, para lograr el diagnóstico sobre el ciclo de vida, se requirió de la evaluación previa de la situación de la región con respecto al modelo de desarrollo, de la aplicación del índice de desarrollo turístico y de la visualización de la fase en el modelo clásico de Butler. Este proceso de acercamiento sucesivo a la definición de la fase en que se encuentra el destino Villa Clara pudo alcanzarse mediante la definición de un conjunto de índices que permitieran calcular el desarrollo alcanzado, de modo

comparado, mediante una recopilación y análisis de estadísticas del turismo. Esta recopilación y análisis se complementaron con la evaluación de la situación turística de la región. Todo este proceso se ha fundamentado en una recopilación teórica de los tres componentes científicos de este trabajo, que son el propio concepto de destino turístico a utilizar, los modelos de desarrollo turísticos y una somera presentación de las bases conceptuales de las estrategias y, dentro de ellas, de la estrategia de crecimiento como la esencial para el momento actual de la región Villa Clara.

Del análisis de las bases conceptuales de la investigación, se derivaron los siguientes aspectos conclusivos:

- Las definiciones de destino turístico son diversas y el estudio realizado permitió proponer que la que ofrece Valls (2004) es la más adecuada a los propósitos de la presente investigación.
- La complejidad del análisis de la evolución de los destinos y sus posibles futuros se demostró en el estudio de seis modelos de desarrollo de tipo catalítico (cinco de tipo cualitativo y uno de tipo cuantitativo) y un modelo de desarrollo de tipo integrado.
- El análisis de los modelos de desarrollo turístico (de tipo cualitativo y cuantitativo) arrojó la necesidad de utilizar el modelo clásico del ciclo de vida, el índice de desarrollo turístico y el modelo trifásico integrado para la evaluación de la fase del ciclo de vida en que se encuentra la región turística Villa Clara.
- Como resultado del análisis de las estrategias y su relación con la gestión de destinos turísticos, se determina la utilidad de distinguir tres niveles: El nivel de destino regional, el nivel de destino específico, zonas o polos turísticos
- El ciclo de vida del destino turístico se puede considerar como instrumento en la formulación de la estrategia. Si se reflexiona sobre la idea de ver al destino como un producto turístico territorial se puede vincular la elaboración de las tipologías de estrategias con el ciclo de vida del destino.

4.1 Aplicación de modelos catalíticos para la determinación de la fase del ciclo de vida del destino turístico regional Villa Clara.

La fase evolutiva en que se encuentra el destino regional puede ser diferente según los autores de los modelos. En síntesis:

- a) Miossec (1977): Villa Clara clasificaría como destino regional en desarrollo.
- b) Chadefaud (1987): fase de creación, dado que “el mito” no se ha consolidado aún, independientemente de que Cuba se encuentre hoy en un momento pico de la moda como destino (por diversas razones). Villa Clara todavía ha logrado consolidar ese “mito” aún con una cantidad sustancial de habitaciones creadas.
- c) Plog (1991): fase de recepción de clientes alocéntricos. Todavía muchos visitantes consideran el viaje a Cuba como un auténtico “viaje con aventuras” (por las enormes diferencias con otros destinos turísticos)

Por la importancia que se les ha concedido en este trabajo, los modelos del ciclo de vida y el modelo trifásico son objeto de análisis más detallado que se presenta a continuación.

El modelo de Butler (“clásico”)

El modelo de Butler, aún con las modificaciones posteriores señaladas por el propio autor y por Coelho, esencialmente basa su aplicación en la evolución de las llegadas de visitantes al destino (Coelho y Lourenço, 2015)

Como se ha analizado anteriormente, Villa Clara es un destino turístico que tuvo sus inicios, al igual que muchos en Cuba, en el llamado período especial, donde, por una necesidad económica, el país tuvo que buscar alternativas de ingreso de divisas y es aquí donde el turismo vino a jugar un papel principal como impulsor de la economía cubana. En la Figura 1 se refleja el número de llegadas de visitantes al destino desde el año 1992 con una marcada tendencia exponencial de crecimiento que han tenido los arribos durante estos 23 años.

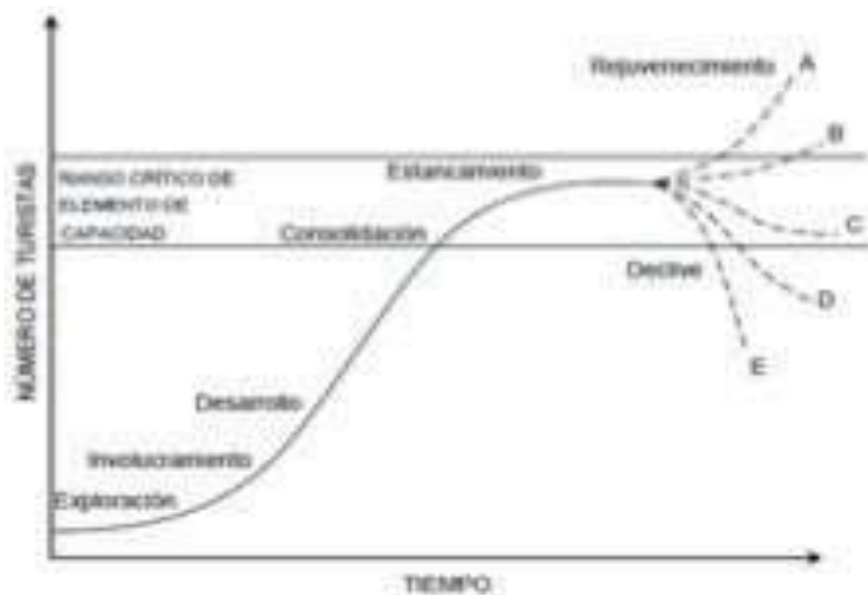
El principal problema del uso del ciclo de vida “clásico” explicado por Butler en 1980 y en otras versiones algo más detalladas posteriormente, es que solo se puede concluir la fase del ciclo de vida del destino de modo visual, esto es, no tiene parámetros cuantitativos ni del crecimiento de las llegadas ni de los años que deben considerarse en este crecimiento. Entonces, el asunto se circunscribe a la ubicación “visual” de la fase en que se encuentra el destino acorde a la semejanza o diferencia de la curva de llegadas de visitantes con la curva “clásica” de Butler. En el caso concreto del destino regional Villa Clara, la situación visual comparada es la siguiente:

Figura 2. Número de llegadas turísticas.



Fuente: Elaboración propia a partir de Mintur (2016a).

Figura 3. Ciclo de vida de los destinos turísticos.



Fuente: Butler (1980).

Mediante el análisis de ambas figuras se puede apreciar que, por la forma de las curvas, el destino turístico Villa Clara pudiera clasificarse en la fase de involucramiento (implicación) o en la de desarrollo. Como esto no resulta suficientemente exacto, se acudió a otro método cuantitativo, explicado bajo el nombre de Índice de Desarrollo Turístico.

4.2 Cálculo del Índice de Desarrollo Turístico (Butler y Coelho, 2012)

Acorde a Rodríguez (2016), se decidió limitar los indicadores a calcular a aquellos en los cuales las regiones turísticas que se comparan son aproximadamente idénticas, debido a tener la misma prioridad en toda la nación (cuidados médicos, desarrollo social de infraestructura de la población, seguridad, accesibilidad - carreteras y aeropuertos -, nivel de escolaridad de los recursos humanos, conexiones a internet, existencia de planes urbanísticos).

Los indicadores diferenciadores en las regiones en comparación fueron: áreas protegidas, patrimonio clasificado, habitaciones hoteleras y eventos internacionales de renombre, turistas extranjeros y población residente.

Los resultados del cálculo del índice para Villa Clara en comparación con las otras tres regiones consideradas se muestran a continuación:

Figura 4. Índice de Desarrollo Turístico.

Regionales	Áreas Protegidas	Patrimonio Clasificado	Hoteles	Eventos internacionales	residente	extranjeros
Villa Clara	11	1	9199	2	792400	2445099
Ciego de Ávila	11	0	7453	0	431048	1494810
Holguín	14	2	4821	2	1038739	1565649
Matanzas	17	0	21506	1	702477	6439227
Total	53	3	42979	5	2964664	11944786

Fuente: Elaboración propia utilizando datos ONEI (2015), MINCULT (2016) y SNAP (2016).

Entonces, el valor del índice (calculado según Coelho y Butler, 2012) es de 0.221 lo que significa que el destino turístico regional, objeto de estudio, se clasificará en la fase de involucramiento (implicación), lo que reafirma la conclusión preliminar del epígrafe anterior. Sin embargo, los elementos considerados en este índice de desarrollo turístico no describen de modo sustancial las características del desarrollo propiamente dicho. Por eso, se evalúan a continuación los rasgos del desarrollo según el modelo trifásico de Martín (2006) para que sirva como base a los aspectos que luego deberán incluirse en la Estrategia de Crecimiento.

4.3 Evaluación de la fase según el modelo (integrado) trifásico

Para definir la fase en que se encuentra el destino turístico regional Villa Clara, se evaluaron los rasgos que apunta cada fase de este modelo, como sigue:

Fase uno (1) o de crecimiento:

- a) Existencia de un grupo pequeño de atractivos básicos: en el caso de estudio, las playas del norte de la provincia, unido a pequeños atractivos de tipo histórico cultural (Por ejemplo, en Remedios) han constituido este pequeño grupo de atractivos básicos.
- b) Creación de facilidades primarias (alojamientos, alimentación, recursos humanos): Se ha creado una infraestructura hotelera y extrahotelera para el desarrollo de la actividad turística en el territorio, así como en la preparación de personal técnico y profesional relacionado con ella.
- c) Variantes de acceso: se han creado variantes de acceso a través de la construcción de dos aeropuertos y carreteras hacia los principales destinos específicos.

d) Se establecen las conexiones iniciales con los canales tradicionales de distribución, fundamentalmente turoperadores canadienses entre los que se destacan Sunwing, Transat, TMR, entre otros.

e) Impactos iniciales en la economía local, la sociedad y el medioambiente: crecimiento de los negocios por cuenta propia, recuperación de atractivos y actividades (Remedios 500 y otras).

f) Altas tasas de crecimiento: si se toma un período considerablemente largo (15 años, desde 2000 hasta 2015), la tasa media anual fue de 15.3%.

Fase dos (2) o de Desarrollo Básico:

a) Crecimiento proporcionado por la fase anterior: si se toman en consideración las llegadas de los últimos años de las etapas presentadas, se aprecia que el crecimiento se va ralentizando: entre 2009 y 2015, la tasa media anual fue de 13.4%. Sin embargo, en los últimos 5 años, el incremento anual lleva un alto ritmo todavía, pero menor que en etapas anteriores. La tasa media anual 2011 – 2015 fue de 11.9%.

b) Uso de atractivos y actividades múltiples: es un aspecto no logrado aún. Por ejemplo: en los cayos existen una marina, una plaza turística y un delfinario. La plaza no ha tenido éxito todavía. En este rasgo no se ha logrado una alta aproximación de la oferta a la demanda.

c) La implicación de la población local se hace mucho mayor: todavía no se han logrado otros tipos de implicación local (participación en el planeamiento del desarrollo local), aunque existe una vinculación creciente de los trabajadores por cuenta propia (principalmente en la actividad de alojamiento).

d) La cartera de mercados se diversifica: este aspecto está muy distante de alcanzarse (alta concentración de canadienses), dado que una cartera apropiada podrá evitar riesgos estratégicos al destino regional Villa Clara.

e) Se amplían las modalidades: todavía hay una excesiva concentración en el sol y playa. La inmensa mayoría de los clientes visitan los cayos del norte de la provincia.

f) Se diversifican las formas de comercialización: se mantiene la dependencia extrema de los turoperadores, no hay un amplio uso de formas comerciales a partir de las TIC's.

g) El turismo tiene impactos importantes en la economía regional y nacional: no se logra este rasgo.

h) El crecimiento se ralentiza: cuestión que viene mostrándose en la actualidad, con la peculiaridad de que, aunque Cuba esté en un momento de alta novedad del destino (moda), esta realidad no se aprecia fuertemente en la región de estudio y, puede ocurrir que, de no variarse los aspectos riesgosos de este desarrollo turístico y se alcance la fase de alta coherencia demanda-oferta, se pase de la novedad al estancamiento como ha ocurrido con otros muchos destinos en el mundo (Acapulco, por ejemplo).

La evaluación de estos rasgos permite afirmar que el destino turístico regional Villa Clara se encuentra en la fase de crecimiento de este modelo trifásico.

Para avanzar desde la fase inicial del desarrollo turístico, se requiere definir el tipo de crecimiento y evaluar los factores que incidirán en la estrategia y acciones correspondientes, para ello se realizó:

- a) La selección del tipo de crecimiento a utilizar.
- b) La definición de las características de la demanda y de las acciones a desarrollar con respecto a su conocimiento y tratamiento.
- c) La definición de las características de la oferta turística y de las acciones a desarrollar con respecto a su coherencia con la demanda.

4.4 Tipo de crecimiento a proponer

Un gran número de destinos turísticos consideran el crecimiento como un objetivo prioritario. Crecimiento significa conseguir una mayor cuota de mercado, en términos de número de turistas, o bien, en términos de ingresos por turismo. Para crecer, se plantean dos alternativas: expandir los mercados o proporcionar nuevos productos. Según Bigné et al. (2000), la combinación de estas dos alternativas implica cuatro posibilidades: penetración del mercado, desarrollo de mercados, desarrollo del producto y diversificación.

Por tanto, ante la necesidad que tiene el destino turístico regional Villa Clara de seguir creciendo y a su vez, explorar nuevos mercados en búsqueda de no depender de Canadá para su desarrollo y además de no aferrarse solo a la modalidad sol y playa y en menor medida de ciudad, se hace necesario plantearse una estrategia de crecimiento diversificado en el que se incorporen nuevos productos, es decir, ampliar la oferta hacia las modalidades de turismo de naturaleza, cultural-histórico y de salud. Todas estas modalidades cuentan con potencialidades para su desarrollo. También se deberá seguir creciendo en la modalidad de turismo nocturno de ciudad. La estrategia de crecimiento deberá proponerse la incorporación de nuevos mercados y, dentro de ellos, también nuevos segmentos de mercado al destino.

La estrategia de crecimiento diversificado deberá elaborarse para tres niveles: el nivel de destino regional, el nivel de destino específico, zonas o polos turísticos, según la clasificación del nivel de desarrollo de los destinos utilizada en este trabajo y el nivel de las estrategias funcionales correspondientes (investigación y desarrollo; comercialización; finanzas; logística y servucción) en las instalaciones o entidades.

Para la correcta definición del contenido de la estrategia y acciones vinculadas a su cumplimiento, deben tomarse en consideración la situación actual del destino regional, que se ha subdividido en la caracterización de la demanda, de la oferta y la correlación demanda-oferta.

4.5 Indicadores que caracterizan la demanda

La concentración por nacionalidades es muy alta con respecto a los canadienses (76%), en mayor medida que en el conjunto de Cuba (35% aproximadamente en los últimos

años), otros mercados importantes son Alemania, Italia, España y Francia. Sin embargo, ninguno de ellos alcanza el 3% de pernoctaciones en el destino regional. Si bien los canadienses se concentran en los cayos del norte, el resto de las nacionalidades, prefieren las ciudades. Por ello, se deberán estudiar nuevos mercados y, dentro de ellos, segmentos proclives a la compra de los productos actuales y potenciales del territorio.

Otros elementos que caracterizan la demanda se han obtenido de las encuestas sistemáticas que realiza Infotur en la provincia. Los datos más relevantes en el año actual son:

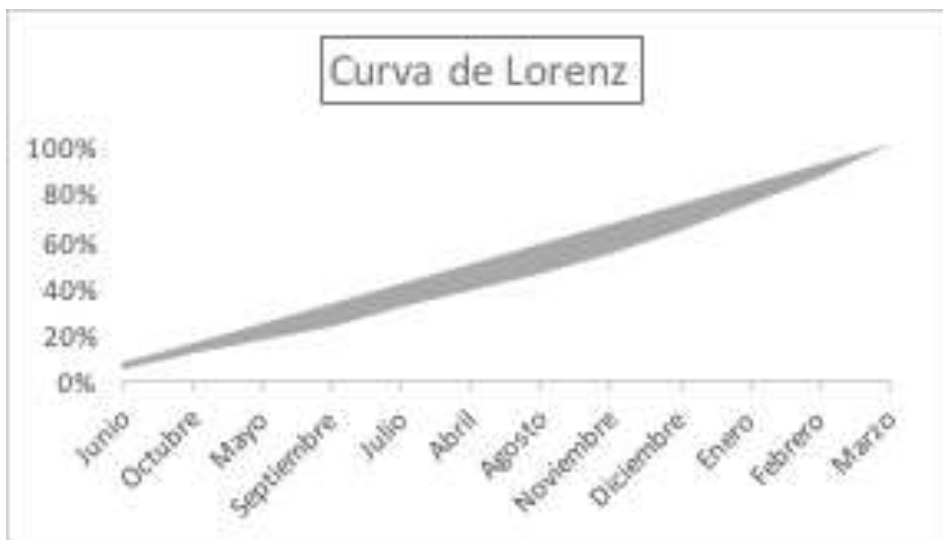
- Respecto a la organización del viaje, un 45.7% prefiere organizar su viaje de manera individual, mientras que un 50.8% lo hace a través de las agencias de viaje. Al respecto, deben buscarse las mejores formas de informar a los clientes individuales.
- La composición etaria mayoritaria (43%) está en el rango de 41-60 años. Le sigue el rango de 26 a 40 años con un 28.3% y luego el de 15 a 25 años con un 19.5%. El rango de la tercera edad alcanza tan solo un 8%. Esta distribución, deberá tomarse en cuenta para la creación de los nuevos productos (tanto viajes como instalaciones).
- La distribución por género muestra que el sexo que predomina es el femenino, con un 54.8% de presencia en el destino, encontrándose estas entre los grupos de edades de 15 y 25 y 41 y 60 años respectivamente, mientras que al sexo masculino corresponde fundamentalmente el grupo de los adultos mayores (61 años o más). En general, se reconoce que las mujeres con familia inciden en la toma de decisiones de viajes familiares. Por ello hay que lograr informarlas debidamente sobre el destino regional (publicaciones apropiadas, etc.).
- Dentro del perfil ocupacional se destaca el 16% de profesionales o técnicos, el 11% estudiantes, el 7.8% jubilados, el 6.5% empleados, el 5.5% directivos o funcionarios y el 2.5% empresarios o comerciantes; por lo tanto, la mayoría de los turistas que nos visitan posee un nivel educacional alto, por tanto, las ofertas deben estar en correspondencia con sus exigencias.
- Respecto a los motivos de viaje y los atractivos-facilidades preferidos en el destino, el 48.2%, es decir, casi la mitad de ellos, viajan por sus playas, se puede afirmar que del destino se comercializa con mayor fuerza la cayería norte y en su mayoría gracias a los turoperadores contratados, por tanto: por la parte cubana la promoción de los restantes sitios es casi nula. Un 18.8% se motiva por entrar en contacto con el pueblo. Este grupo se integra principalmente por viajeros de tipo individual. Otros, de bajos ingresos (comúnmente se les llama mochileros), en su mayoría se alojan en hostales, y vienen interesados por la cultura y la historia, ascienden al 10.8% de los alojados. La seguridad en el destino es un aspecto que se ha convertido de suma importancia para el turista actual, debido a la inseguridad existente en otros destinos del mundo y a los últimos acontecimientos en este ámbito. Cabe destacar el ínfimo por ciento que viene a tratamientos de salud y a eventos, aunque la región cuenta con potencialidades para sus respectivos desarrollos. Entre ellos, Elguea, que es uno de los mejores recursos del país en cuanto a salud (tratamientos con aguas termales) y también por ser el Cardiocentro de Santa Clara: un centro de referencia de la cardiología en Cuba. Es importante hacer referencia a los datos de otros motivos por los que pudiera

incluirse, dentro de ellos, el turismo de naturaleza como una razón independiente dentro de la encuesta y no dejar- se tan ambiguo en la categoría de otro.

- Sobre las fuentes de información para la toma de decisiones, el 33.8% obtienen información de familiares y amigos relacionados con el destino a visitar, el 31.4% lo hace a través de Internet, el 20.9% a través de Agencias de Viaje, el 4.3% se informa mediante anuncios, eventos y ferias y, finalmente, un 3.4% lo hace utilizando libros o guías turísticas. Entonces, queda claro que las tres primeras fuentes de información deben ser atendidas con prioridad por todas las autoridades turísticas del territorio.
- Los clientes se muestran satisfechos con la visita a Villa Clara, pues un 84.5% muestra intenciones de regresar y un 89% lo recomendaría a sus amistades.

La estacionalidad también constituye una variable estratégica que es necesario controlar. La estacionalidad tiene dos formas principales de medirse: mediante la curva de Lorenz y mediante el Índice de Gini. Ambos se basan en los porcentajes mensuales de llegadas de turistas. La curva de Lorenz para el destino turístico de Villa Clara, donde se dispusieron de forma ascendentes los datos relacionados con los turistas físicos de todos los meses del año 2015. La distancia entre la Curva de Lorenz y la línea que forma un ángulo de 45o es pequeña por lo que existe bastante homogeneidad en las llegadas turísticas. El coeficiente de Gini que se obtuvo fue de 0.164, que daría un índice de 16.4%. Este valor escercano a cero, por lo que se corrobora la hipótesis del análisis de la curva de Lorenz, existiendo estacionalidad, pero no muy marcada.

Figura 6. Estacionalidad de llegadas a Villa Clara.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos Mintur (2015)

A partir de este análisis se puede concluir que los meses de baja turística son junio, octubre, mayo y septiembre, mientras que diciembre, enero, febrero y marzo, pueden considerarse como meses de alta turística. Para las temporadas bajas se deben generar productos específicos que atraigan a clientes que viajen por cualesquiera motivos (vacacionales o no vacacionales). Por ejemplo, la ejecución de eventos o cursos de diverso tipo.

4.6 Indicadores que caracterizan la oferta

La oferta de plazas en el destino ha tenido un crecimiento paulatino fundamentada en el crecimiento de las llegadas turísticas y en los planes de desarrollo que se tienen para el destino, con grandes perspectivas futuras de incrementar tanto en mercados como en arribos, es por ello que dentro del plan de inversiones, se han priorizado hoteles, con preferencia en la cayería norte, Remedios y Santa Clara.

Para el año 2015, existe un total de 309 hostales y 23 hoteles para un total de 332 establecimientos que suman un total de 9817 habitaciones disponibles para la actividad turística del destino turístico regional Villa Clara.

La concentración más alta se encuentra en hoteles de categorías 4 y 5 estrellas, todos en los cayos del norte, que utilizan el plan de alojamiento “todo incluido” (TI) como forma de inclusión de las ventas de alimentos y bebidas (excepto en Villa Las Brujas). Se deberá incluir en la estrategia de crecimiento la diversificación de atractivos adicionales a los propios hoteles que permitan pasar a formas tradicionales (sin incluir los planes alimenticios). Esta afirmación tiene dos razones: la primera es que el modelo todo incluido está quedando en el mundo para turistas de bajos ingresos. En el caso de Villa Clara, los precios para los turoperadores canadienses son muy bajos (se puede ver más adelante la baja eficiencia que se alcanza). En segundo lugar, los turistas que viajan por multimotivaciones son cada vez un grupo mayor. Y el hotel TI solo estimula la estancia dentro de la instalación.

En cuanto al análisis de las pernoctaciones en relación a la categoría de los establecimientos se puede comprobar que los turistas internacionales pernoctan en su mayoría en establecimientos de cinco estrellas, los cuales se encuentran ubicados en el destino específico Cayos de Villa Clara en Caibarién y en menor medida en hoteles de tres y dos estrellas, ubicados fundamentalmente en ciudades, excepto Villa Las Brujas (tres estrellas) que se encuentra en los cayos propiamente dicho. Respecto a los turistas nacionales, sucede lo contrario a lo anteriormente expuesto, estos prefieren alojarse en hoteles tres y dos estrellas y en medios de alojamiento complementarios, en este caso los campismos populares de gran audiencia por parte del cliente joven, en su mayoría universitarios.

A pesar de haberse incrementado los establecimientos de alojamiento, la tasa de ocupación hotelera no ha disminuido, todo lo contrario, ha mantenido un crecimiento de aproximadamente de más de 6 % anual desde el 2011 hasta la fecha; en el año 2010, hubo un descenso de la ocupación, recuperándose ininterrumpidamente en el periodo analizado. Este crecimiento de la ocupación sigue distante de los principales competidores de Cuba (85% en República Dominicana y 82% en Caribe Mexicano, según Informe anual OMT, 2016 y CTO, 2015).

Respecto a los ingresos asociados al turismo se puede observar una evolución en los mismos, debido también al crecimiento de los arribos en el destino, pasando de 122 a 222 millones de pesos, pero por concepto de ingresos por turista ha disminuido, pasando de 382 pesos en el 2009 a 334 pesos en el 2014. En relación al costo por peso de la actividad turística se evidencia que en moneda total ha habido una disminución, pero que en relación a la divisa se ha ido incrementando en los años estudiados en 0.06 pesos en total.

El destino turístico regional Villa Clara tiene potencialidades para ofrecer a los visitantes una oferta diversificada para gran cantidad de gustos y edades. Hay variados sitios para el disfrute de diferentes modalidades turísticas. Sin embargo, una comparación con cualquier destino internacional cercano de la competencia arroja un déficit importante de “cosas para hacer” por los turistas, esto es, mayor número de atractivos y actividades turísticas.

Dentro del plan de inversiones del Mintur 2014-2030 se encuentran varios hoteles en las ciudades de Santa Clara, Camajuaní, Remedios y Caibarién para un total de 202 habitaciones y otros en análisis para su decisión (Sagua la Grande, específicamente Cayo Esquivel, en el que se pretende construir un hotel de 730 habitaciones). A partir del desarrollo que tendrán estas ciudades se propone la realización de actividades que contribuyan a incrementar la estancia de los turistas en las ciudades. Un ejemplo de ello lo constituye el desarrollo del turismo nocturno, lo que pudiera ser una característica peculiar de las ciudades; el tener monumentos y museos abiertos por la noche, centros culturales y de espectáculos, lugares de fiesta y baile, bares (piano bar, karaoke, etc.), caminatas nocturnas, paseos en barcos en zonas aledañas a las ciudades, entre otras ideas. Otra propuesta consiste en el fomento de la cultura e identidad de los pueblos, ricos por sus leyendas y tradiciones a partir de una operación turística local con el surgimiento de nuevos establecimientos de alojamiento de propiedad estatal y no estatal, gastronomía local y el uso del patrimonio como fuente interactiva de conocimientos.

Por parte del Grupo Gaviota, se presentan los datos de todos los proyectos propuestos hasta el 2030 para Cayos de Villa Clara, que consiste en una ampliación de 3466 habitaciones, fundamentalmente en Cayo Santa María y Cayo las Brujas, muchas de estas en fase constructiva en la actualidad. A partir del análisis del por ciento de ocupación hotelera se propone redirigir las inversiones hacia donde la demanda lo exija, para elevar la eficiencia de los resultados anteriormente descritos, siendo recomendable la ralentización del crecimiento habitacional de la zona de la cayería norte, para acelerar el crecimiento en las ciudades que es donde se encuentran la mayoría de los hostales y se presentan potencialidades de desarrollo.

4.7 Relaciones demanda–oferta de cara al mediano plazo

Si se analiza la tabla que se muestra se puede apreciar que la capacidad habitacional ha crecido durante los últimos seis años, con una tasa de crecimiento del 15% aproximadamente, mientras que el sector no estatal ha tenido una tasa del 19%. A su vez, las llegadas de extranjeros alojados en establecimientos hoteleros crecen con una tasa del 13%, por lo que se puede apreciar que la capacidad habitacional crece a un ritmo más rápido de las llegadas de turistas a estos establecimientos.

Tabla 1. Tendencias en turistas extranjeros y alojamiento por sectores.

Años	Habitación Estatal	Habitación privado	Total habitaciones	Extranjeros estatal	Extranjeros privado	Total alojamiento
2009	2009	.	3880	204402	.	204402
2010	2010	.	4768	217176	.	217176
2011	2011	300	6262	276182	34079	310261
2012	2012	314	6285	306514	41236	347750
2013	2013	406	8405	380805	45920	426725
2014	2014	456	8938	399772	48980	448752
2015	2015	618	9817	433246	78704	511950
2016	2016	742	10759	490868	94445	585313
2017	2017	890	11709	556153	113334	669487
2018	2018	1068	12753	630121	136001	766122
2019	2019	1281	13901	713928	163201	877128
2020	2020	1538	14405	808880	195841	1004721

Fuente: Elaboración propia a partir de ONEI (2015); Infotur (2016a) y Mintur (2016a).

Analizando la tabla 2 se puede ver que el aprovechamiento habitacional en un año para estos establecimientos ha ido disminuyendo de 53 clientes anuales por habitación a 47, debido a esta situación. Mientras que en el sector no estatal la tasa de crecimiento de las llegadas de turistas es de 23%, es decir, es mayor que la del crecimiento habitacional, y si se analizan los datos relacionados con el aprovechamiento habitacional se evidencia que han aumentado de 114 a 127 clientes anuales atendidos por habitación, por lo que se puede concluir que los hostales están bien orientados a la satisfacción de la demanda.

Basándose en el cumplimiento a tiempo de los planes de inversiones y en el mantenimiento del número de habitaciones existentes actualmente los establecimientos estatales para el 2020 pondrán a disposición de los visitantes 12867 habitaciones, mientras que los hostales contarán con 1538 habitaciones aproximadamente, según el estimado basado en el crecimiento que ha tenido durante los años analizados. De esta forma, la demanda total de turistas extranjeros para el destino turístico regional Villa Clara que se estima para el 2020 es de un millón de visitantes.

En resumen, para lograr superar la fase de crecimiento del modelo trifásico y entrar en la nueva fase de desarrollo básico se deben alcanzar un conjunto de rasgos, entre los que se destacan:

- El uso de atractivos y actividades múltiples. Pudiera incluirse la utilización de los atractivos ubicados en las zonas de Manicaragua y Corralillo, además de los existentes en Caibarién, Remedios y Santa Clara, logrando ampliar las modalidades en turismo de naturaleza, de salud, histórico-cultural y de sol y playa ligado a la realización de actividades náuticas. Esta diversificación en la oferta, si se adapta a la demanda estudiada, logrará satisfacer la demanda potencial
- Diversificar la cartera de mercados existente, ampliando las propuestas hacia otros emisores y
- Ampliar las formas de comercialización del destino y no enfocarse únicamente a la acción de los principales turoperadores canadienses, sino llegar al turista individual que hoy siempre tiene multi-motivaciones.

Con el desarrollo de la investigación se demostró que el procedimiento investigativo adoptado combinó adecuadamente las limitaciones y carencias estadísticas del turismo en Cuba con la posibilidad de lograr un resultado científicamente aceptable. Durante la aplicación del mismo se pudo constatar que en el destino turístico regional Villa Clara, Cuba, pese a tener más de 15 años impulsando el turismo, aún está en una de las fases iniciales del desarrollo turístico. Se clasifica en fase de implicación en el ciclo clásico de Butler y mediante el cálculo del Índice de Desarrollo Turístico (modificado) y en la fase primera (de crecimiento) en el modelo trifásico.

Del análisis conjunto de la situación actual, de las potencialidades turísticas y del pronóstico a mediano plazo, se concluye que la estrategia que debe tener Villa Clara es de tipo de crecimiento diversificado, considerando que para la elaboración futura de la estrategia de crecimiento se deberá tomar en consideración la etapa del ciclo de vida en que se encuentra el destino y los factores influyentes estudiados, desde el punto de vista de la demanda, de la oferta y de la coherencia entre ambas.

Se deberá prestar especial atención para el desarrollo de la futura estrategia a los siguientes aspectos: 1. La evolución de la tasa de ocupación y la estacionalidad presentes deben cuestionar la necesidad inminente de revisar el alcance del plan de creación de nuevas capacidades hoteleras, para salir del “hotel-based model” a un modelo de desarrollo más completo y eficiente.

2. Esta revisión deberá tomar en cuenta, de ahora y en adelante, el índice de aprovechamiento de las capacidades de alojamiento, tanto de forma global como por sectores de propiedad. 3. El estudio y consecuente conocimiento de la demanda deberá guiar toda la estrategia de crecimiento diversificado. 4. El uso masivo de la modalidad “todo incluido” en los cayos del norte debe ser reevaluado en una estrategia que pueda generar mejores resultados económicos. 5. El papel del sector no estatal (privado) en el turismo de Villa Clara se eleva de forma continua en el turismo de ciudad ante las demandas actuales. Este hecho positivo de complementariedad requerirá de la toma de decisiones estratégicas sobre los ámbitos y alcance de la competencia que genera este sector hacia el desarrollo turístico de propiedad estatal.

Lista de Referencias

- Bigné, J. E., Alcañiz, J. E. B., Font, X., & Andreu, L. (2000). Marketing de destinos turísticos: análisis y estrategias de desarrollo. Esic editorial.
- Boullón, R. (1990). Planificación del espacio turístico... Segunda Edición Editorial Trillas. Buhalis, D. (2000). Marketing the competitive destination of the future. *Tourism management*, 21(1), 97-116.
- Butler, R. W. (1980). The concept of a tourist area cycle of evolution: implications for management of resources. *Canadian Geographer/Le Géographe canadien*, 24(1), 5-12.
- Caribbean Tourism Organization (CTO), (2015). Latest Statistics 2014 en Caribbean Tourism. [En línea]. Disponible en: <http://www.onecaribbean.org> (Visitado el día 20 de diciembre del 2015).
- Chadefaud, M., (1987). Aux origines du tourisme dans les Pays de l'Adour: du mythe à l'espace: un essai de géographie historique. L & D. Université de Pau et des Pays de l'Adour. Centre de recherche sur l'impact socio-spatial de l'aménagement, & Université de Pau et des Pays de l'Adour. Département de géographie et d'aménagement.
- Coelho, J. A. S., & Lourenço, P. F. A. C. (2015). A identificação da fase do ciclo de vida de um destino turístico para as escolhas estratégicas: uma proposta de uma ferramenta expedita. *Revista de Estudos Económicos y Empresariales*, 27, 15-41.
- Coelho, J., & Butler, R. (2012). The Tourism Area Life Cycle: A Quantitative Approach of the Tourism Area Life Cycle. *European Journal of Tourism, Hospitality and Recreation*, 3(1), 9-31.
- Cohen, E. (2005). Principales tendencias en el turismo contemporáneo. *Política y sociedad*, 42(1), 11-24.
- Colectivo de autores, (2012). Análisis del ciclo de vida del destino Cayo Largo. Propuestas para su dinamización. Escuela de Altos Estudios de Hotelería y Turismo. La Habana. Filial Isla de la Juventud.
- Díaz, P. L. (2005). Metodología para la presencia de las zonas turísticas españolas en internet. Las organizaciones de destinos turísticos. Málaga: Departamento de Economía, Universidad de Málaga.
- Infotur, (2016a). Desarrollo y perspectivas del Turismo en Villa Clara. Infotur, (2016b). Encuestas del destino Villa Clara 2015. Tablas de salida.
- Machado, E. (2011). Diseño de productos turísticos integrados. Aplicación en la región central del destino Cuba (Doctoral dissertation, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Económicas. Universidad Central Marta Abreu de las Villas. Cuba).

- Martín, R., (2006) El Comercio Internacional del Turismo en condiciones de oligopolio. El caso de Cuba. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Económicas. Centro de Estudios Turísticos. Facultad de Contabilidad y Finanzas Universidad de La Habana.
- Martín, R., (2014) ¿Está estancado el sector turístico cubano? El desempeño del turismo en Cuba en una visión de largo plazo. Conferencia Inaugural. 9ª Conferencia Internacional de Ciencias Empresariales. Topes de Collantes. Trinidad. Cuba.
- MINCULT, (2016). Patrimonios mundiales en Patrimonio Cultural. Consejo Nacional de Cuba. [En línea]. Disponible en: <http://www.cnpc.cult.cu/patrimonios-mundiales> (Visitado el día 29 de abril de 2016).
- Mintur, (2015). Informe Comercial 2015. Santa Clara: s.n Mintur, (2016a). Informe Comercial. Abril 2016. Santa Clara: s.n
- Mintur, (2016b). Plan de inversiones de Gaviota S.A. Santa Clara: s.n
- Miossec, J. M. (1977). Un modèle de l'espace touristique. L'Espace géographique, 41-48.
- OMT, (1996). Efectos de las nuevas tecnologías en la distribución turística. Madrid: Organización Mundial del Turismo.
- OMT, (1998). Introducción al turismo. Madrid: Edición propia.
- OMT, (2016). UNWTO World Tourism Barometer 2015. [En línea]. Madrid, disponible en <http://www.unwto.org> (Visitado el 21 de enero de 2016)
- ONEI, (2015). Anuario estadístico provincial de Villa Clara. Año 2014 en Oficina Nacional de Estadística e Información de Cuba. [En línea]. Disponible en: <http://www.onei.cu> (Visitado el día 4 de febrero de 2016).
- PCC, (1991). Resolución del IV Congreso sobre el desarrollo Económico del País. Editora Política. La Habana.
- PCC, (1997). Resolución Económica del V Congreso del Partido. Editora Política. La Habana.
- PCC, (2011). Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. En sitio web: www.cubadebate.cu (visitado el 2 de mayo de 2016)
- Plog, S. C. (1991). Leisure travel: making it a growth market again! John Wiley and Sons, Inc. New York. Cap. 5. Why Destination Areas Rise and Fall in Popularity, pp. 77-84.
- Rodríguez Jiménez, G. (2016). Determinación de la fase del ciclo de vida del destino turístico regional Villa Clara y de los factores influyentes en su estrategia de crecimiento (Trabajo de diploma, Universidad Central "Marta Abreu" de la Villas.)

- Rodríguez, R. (2005). Gestión de Destinos Turísticos. Texto docente Centro de Estudios Turísticos. Editado por EAEHT. Universidad de la Habana.
- Salinas, E. (2003). Aspectos territoriales del manejo y gestión del turismo. Geografía y Turismo, 45-62
- Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), (2016). Áreas protegidas por provincias (Villa Clara, Matanzas, Holguín y Ciego de Ávila) en Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Cuba. [En línea]. Disponible en: <http://www.snap.cu> (Visitado el día 23 de marzo de 2016).
- Stoner, J. A. F., Freeman, R. E., & Gilbert, D. R. (1996). Administración. Pearson Educación. Valls, J. F. (2004). Gestión de destinos turísticos sostenibles. Grupo Planeta (GBS).



Acesso aos serviços de saúde bucal de adultos e idosos

Adult and elderly access to oral health services

Camila Santa Rosa Nunes

camilasrnunes@gmail.com

Marlucilena Pinheiro da Silva

marlucilena@unifap.br

Ana Rita Pinheiro Barcessat

ritabarcessat@gmail.com

Resumo:

O acesso aos serviços de saúde bucal é um campo de estudo relevante, pois permite inferir dados quanto à utilização e necessidade dos serviços, além de auxiliar no planejamento e na organização das ações de saúde. Trata-se de uma revisão integrativa cujo objetivo é sintetizar a produção científica brasileira acerca da acessibilidade dos usuários adultos e idosos aos serviços de saúde oral. A seleção foi baseada em cruzamentos dos descritores: acesso aos serviços de saúde, saúde bucal e assistência odontológica, na base de dados Biblioteca Virtual em Saúde. Foram selecionados 20 artigos divididos por similaridade temática: acesso aos serviços de saúde geral, acesso aos serviços de saúde bucal de adultos, acesso aos serviços de saúde bucal de idosos. A partir deste levantamento identificou-se como fatores relacionados ao maior uso destes serviços: ser do sexo feminino, ter maior renda e escolaridade. A dor e a maior percepção de saúde são os maiores motivos para a procura de atendimento. A efetivação de um acesso equitativo é um desafio para o Sistema de Saúde e o desenvolvimento de estudos que busquem conhecimento desses fatores é de suma importância para a redução das desigualdades.

Palavras chave: Saúde bucal. Acesso aos serviços de saúde. Assistência odontológica. Assistência odontológica para idosos. Qualidade, acesso e avaliação da assistência à saúde.

Abstract:

Access to oral health services is a relevant field of study, as it allows to infer data on the use and need of services, and assist in the planning and organization of health actions. This integrative review aimed to synthesize the Brazilian scientific production about the accessibility of adult and elder users to oral health services. The selection was based on interweaving of descriptors: access to health services, oral health and dental care, in the database of Health Virtual Library. Twenty articles were selected divided by thematic similarity: access to general health services, adult access to dental services, access to oral health services for the elderly. From this survey it was identified as factors associated with increased use of these services: being female, have higher income and education. The pain and the greater perception of health are the main reasons for seeking care. The enforcement of equitable access is a challenge for the Health System.

and the development of studies that seek knowledge of these factors is very important to reduce these inequalities.

Keywords: Oral health. Health services accessibility. Dental care. Dental care for aged. Health care quality, access, and evaluation.

INTRODUÇÃO

O artigo 196 da Constituição Federal (1988) possibilitou profundas mudanças no que se refere ao nosso sistema de saúde. Tal artigo afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Dentro deste contexto, a saúde bucal constitui-se num elemento de grande relevância, pois a mesma apresenta reflexos na saúde geral e qualidade de vida da população. Porém, tal importância só veio a ser reconhecida nos últimos anos, principalmente com o avanço da Política Nacional de Saúde Bucal- Brasil Sorridente (2004), que constitui num conjunto de ações nos âmbitos individual e coletivo que abrange a promoção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação, com ampliação do acesso ao tratamento odontológico gratuito aos brasileiros por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) (COSTA; CHAGAS; SILVESTRE, 2006).

As principais linhas de ação do Programa Brasil Sorridente são a reorganização da Atenção Básica em saúde bucal com a implantação das Equipes de Saúde Bucal na Estratégia Saúde da Família; a ampliação e qualificação da Atenção Especializada, em especial com a implantação de Centros de Especialidades Odontológicas e Laboratórios Regionais de Próteses Dentárias além da viabilização da adição de flúor nas estações de tratamento de águas de abastecimento público (MACHADO, 2012).

Apesar da implementação de tais políticas, e da garantia ao direito à saúde firmada pela Constituição Federal, o acesso a esses serviços nem sempre são respeitados, se tornando muitas vezes seletivo, focalizado e excludente, mesmo este sendo um atributo essencial para o alcance da qualidade nos serviços de saúde (ASSIS; JESUS, 2012).

A procura por serviços odontológicos está na terceira posição entre os motivos de busca por serviço de saúde, sua proporção aumentou de 8,5% para 14,0% no período de 2003 a 2008, o que equivale, em termos absolutos, ao acréscimo de aproximadamente 10 milhões de pessoas (PERES et al., 2012). O acesso a esses serviços é de extrema importância, pois é o primeiro contato que o usuário tem com os serviços de saúde.

Para Andersen (1995), a relação direta entre acesso e utilização de serviços de saúde é dividida em acesso potencial que consiste na procura e no contato inicial ao serviço; o acesso realizado que se resume na utilização do serviço; o acesso efetivo que se relaciona ao processo de cuidado durante o período de utilização do serviço; e o acesso eficiente percebido pelas alterações nas condições de saúde e no contendo das pessoas levando-se em consideração os serviços e a qualidade dos mesmos disponibilizados durante o seu percurso (ANDERSEN, 1995).

Segundo o modelo comportamental de Andersen e Newman (2005), o acesso aos serviços de saúde é influenciado por fatores predisponentes, que existem antes mesmo da ocorrência do problema. Temos como exemplo: gênero, idade, entre outros. Além da influência por fatores capacitantes definidos como meios que possibilitam ou impedem o uso dos serviços, e pelas necessidades de saúde (condições de saúde percebidas pelas pessoas - auto percepção) ou diagnosticadas por profissionais de saúde (ANDERSEN; NEWMAN, 2005).

A acessibilidade aos serviços de saúde é um campo de estudo relevante, pois permite inferir dados quanto à utilização e necessidade dos serviços, bem como auxiliar no planejamento e organização das ações de saúde (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012). Portanto, o objetivo desta revisão integrativa de literatura é identificar a produção científica acerca da acessibilidade dos usuários aos serviços de saúde bucal no Brasil, no período de 2009 a 2016.

METODOLOGIA

Trata-se de uma revisão integrativa com base em produções científicas selecionadas na base de dados da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) a respeito do acesso aos serviços de saúde bucal da população brasileira adulta e idosa. Tal base de dados foi selecionada, pois possibilita uma busca simultânea das publicações mais relevantes efetuadas em campo nacional. A questão norteadora deste estudo foi: “Qual o grau de acessibilidade da população brasileira adulta e idosa aos serviços de saúde bucal?”.

Para a realização da pesquisa foram selecionados os seguintes termos indexados nos Descritores em Ciências da Saúde (DeCS): acesso aos serviços de saúde, saúde bucal e assistência odontológica, sendo realizadas todas as possibilidades de cruzamento, utilizando os ícones AND e OR. Optou-se por periódicos publicados no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2016. As pesquisas restringiram-se ao ambiente nacional, sendo excluídas publicações e estudos efetuados em outros países. Outro critério de seleção foi seu resumo apresentar informações quanto à acessibilidade aos serviços de saúde geral e de saúde bucal, bem como a apresentação de indicadores de tais serviços. Após esta etapa foram selecionados 64 artigos, os quais foram lidos na íntegra, observando se os mesmos correspondiam ao objetivo do trabalho. Em seguida foi realizada uma nova seleção, na qual restaram apenas 20 artigos, que foram divididos de acordo com as seguintes temáticas: acesso aos serviços de saúde geral, acesso aos serviços bucal de adultos, acesso aos serviços de saúde bucal de idosos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Acesso aos serviços de saúde geral

O acesso universal aos serviços de saúde, além de ser uma garantia constitucional, é uma bandeira de luta dos movimentos sociais que buscam por reais possibilidades de mudança e melhora no atendimento aos problemas de saúde da população (JESUS; ASSIS, 2010).

A acessibilidade é um tema multifacetado e multidimensional que envolve aspectos políticos, econômicos, sociais, organizativos, técnicos e simbólico, no estabelecimento de caminhos para a universalização da sua atenção (ASSIS; JESUS, 2012; VIANA; MARTELLI; PIMENTEL, 2012).

A qualidade e ampliação do acesso dependem de diversos fatores que perpassam principalmente pela capacidade que o profissional desenvolve em avançar nesse processo e de capacidade de visualizar entraves e caminhos efetivos a serem construídos e percorridos, além da impotência apresentada por alguns gestores para gerar mudanças e da falta de participação da sociedade e dos trabalhadores na gestão que só fortalecem a supremacia dos interesses do mercado e contribuem para a garantia de um acesso limitado (BARBOSA; ELIZEU; PENNA, 2013; SILVA; BENITO, 2013).

A escolha desses profissionais deve ser criteriosa para que haja a superação de certos movimentos do cotidiano de trabalho, como tomada de decisão, capacidade de governança dessas equipes e gestão do cuidado, que ultrapassem o modelo curativista hegemônico para então possibilitar a ampliação do acesso e maior resolutividade dos casos. Fornecer mecanismos apropriados que facilitem o alcance aos diferentes níveis de atenção à saúde, como acolhimento e práticas mais humanizadas, são tecnologias necessárias para a resolutividade dos casos (BARBOSA; ELIZEU; PENNA, 2013).

Para tal, as políticas de saúde devem ser capazes de eliminar a barreira financeira entre os serviços e a comunidade, de enfrentar a mercantilização do setor saúde e a desproporção oferta/demanda existente; e construindo uma rede de atenção regionalizada e hierarquizada que garanta o acesso universal, equitativo e integral (ASSIS; JESUS, 2012).

3.2 Acesso aos serviços de saúde bucal de adultos

Os serviços públicos de atenção à saúde bucal, no Brasil, historicamente caracterizaram-se pelo privilegiamento de um determinado segmento populacional, que são crianças e adolescentes em idade escolar, em detrimento da atenção a outros segmentos como os adultos, além de focar muitas vezes seu atendimento na demanda espontânea (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; PERES, 2012, VIANA; MARTELLI; PIMENTEL, 2012).

Inquéritos Epidemiológicos, como o Saúde Bucal Brasil (SB Brasil) e a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD) relativos à saúde bucal têm apontado um quadro preocupante para os adultos jovens, onde tem se constatado, uma elevada proporção de dentes perdidos, além da maior necessidade de tratamento protético e outros procedimentos especializados (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 1998; PERES, 2012; SOUZA, 2012).

A utilização desses serviços pela população brasileira é baixa, e reduz com o avançar da idade. Em 2003, os adultos brasileiros apresentavam índice CPO-D médio (índice de saúde bucal que traduz a experiência de cárie do indivíduo ao longo da vida) superior a 20 dentes, sendo o componente que representa os dentes perdidos (sem possibilidade de recuperação) superior a 60%. Além de um baixo percentual popula-

cional (próximo a 22%) com periodonto saudável (sem alterações como sangramento gengival, cálculo ou bolsa periodontal) (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012). A baixa utilização dos serviços bucais pode ser explicada por fatores como as barreiras de acesso enfrentadas pela população e a disponibilidade desses serviços, bem como as características dos sistemas municipais de saúde (SOUZA, 2012).

A distribuição das redes de saúde e a oferta de serviços são profundamente desiguais entre as regiões. Há uma maior utilização de serviços públicos nas regiões Nordeste e Sul, comparativamente à região Sudeste, e em municípios de pequeno porte, comparativamente aos de maior porte. O maior uso dos serviços públicos pelos municípios de pequeno porte pode ser justificado pelo menor poder aquisitivo de sua população e pela menor disponibilidade de serviços odontológicos privados (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; VIANA; MARTELLI; PIMENTEL, 2012).

No último levantamento do SBBrazil 2010, a região Norte apresentou a maior proporção de indivíduos que nunca foram ao dentista, maior intervalo de tempo desde a última consulta e a maior proporção de consultas motivadas pela dor do que no Sul e Sudeste. Já para as regiões Sul e Sudeste, juntamente com as capitais, foi observada uma maior taxa de uso de serviços particulares, o que demonstra que o SUS ainda não consegue atender plenamente a demanda por atendimento odontológico da população (MACHADO, 2012; PERES, 2012).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) revelou em 2010 que os planos de assistência médica cobrem 23% da população no Brasil, com maior cobertura nos Estados das regiões Sudeste e Sul, nas capitais e nas regiões metropolitanas. Os planos exclusivamente odontológicos atingem apenas 7,1% da população brasileira (PERES, 2012).

A população com maior renda e maior escolaridade apresenta maior prevalência de uso regular dos serviços odontológicos, sendo que a maior renda pode facilitar a compra de um serviço e a escolaridade pode trazer a informação da importância do uso regular de serviços de saúde odontológico e aumenta a auto percepção de saúde bucal (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; MACHADO, 2012; MIRANDA; PERES, 2013; SOUZA; CHAVES, 2011; SOARES; CHAVES; CANGUSSU, 2013).

A população menos favorecida socioeconomicamente é a que mais utiliza os serviços públicos odontológicos, devido à impossibilidade de custeio dos serviços privados (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; SOUZA; CHAVES, 2011; SOARES; CHAVES;

CANGUSSU, 2013). Estas desigualdades entre os grupos sociais ainda é grande e podem ser consideradas ética e politicamente inaceitáveis, uma vez que revelam desvantagens de acesso e de utilização dos serviços odontológicos entre os mais pobres, indo de encontro a um princípio do Sistema Único de Saúde, o da equidade (PERES et al., 2012; PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012).

Os usuários que se autodeclararam pardos apresentam uma taxa de 35 % maior de falta de acesso a serviços odontológicos do que os indivíduos brancos, este dado pode estar relacionado ao fato da população negra (pardos + pretos), que é em sua maioria mais desfavorecida socioeconomicamente, apresentar maior prevalência e maior com-

plexidade de agravos bucais, resultando em necessidades de tratamento mais complexas e não atendidas pelo SUS, majoritariamente utilizado por este grupo populacional (PERES, 2012).

A dor ainda é uma das maiores motivações para a procura do atendimento odontológico, o que reflete a não utilização rotineira de serviços odontológicos, sendo na maioria das vezes realizada apenas a consulta de urgência, que demandará apenas um atendimento curativo. Tal atendimento apenas reforça o atual quadro de serviços públicos que é reconhecido apenas por realizar extrações e efetuar procedimentos curativos, em detrimento da prevenção e preservação (CHAVES, 2012; ESTEVES, 2012; PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; MACHADO, 2012). O uso regular dos serviços de saúde bucal é característico apenas dos usuários que usufruem do setor privado (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; MACHADO, 2012).

As mulheres são as que mais utilizam, de forma regular ou não, os serviços públicos odontológicos, isto pode ser justificado pela maior disponibilidade de tempo para comparecer às unidades de saúde pública no horário de funcionamento, em razão das mulheres apresentarem um nível de ocupação (percentual de pessoas ocupadas) mais baixo que os homens, uma maior preocupação e autocuidado com a saúde (CASTRO; OLIVEIRA; ARAÚJO, 2011; CHAVES, 2012; PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012; MACHADO, 2012; MIRANDA; PERES, 2013; SOUZA; CHAVES, 2011).

A percepção da necessidade de tratamento por parte dos usuários é um fator que amplia a busca pelo atendimento odontológico, apresentando-se como importante indicador que pode determinar a utilização dos serviços de forma regular, podendo ser influenciada por medidas de educação em saúde (CASTRO; OLIVEIRA; ARAÚJO, 2011; MACHADO, 2012).

O serviço público nem sempre é bem avaliado pelos usuários, sendo que essa insatisfação pode derivar do tempo de espera pelo atendimento, da impossibilidade de escolha do profissional, do não atendimento de todas as necessidades e da desorganização dos processos de trabalho dos profissionais (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012).

A situação de grande necessidade acumulada reflete o histórico descaso desse segmento populacional na atenção à saúde bucal em nosso país e coloca um grande desafio ao SUS, considerando o seu papel na redução das desigualdades e de provimento de acesso universal ao cuidado integral (PINTO; MATOS; LOYOLA FILHO, 2012).

3.3 Acesso aos serviços de saúde bucal dos idosos

O fenômeno da transição demográfica gera para o Brasil um crescente aumento no número de idosos que tem ocorrido de forma rápida e intensa. Tal mudança nem sempre vem acompanhada de modificações no atendimento às necessidades de saúde desse grupo populacional, apesar de as mesmas estarem garantidas por lei. A Lei Orgânica da Saúde, bem como a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8842/1994), que possui como objetivo a promoção do envelhecimento saudável, a manutenção e a melhoria da capacidade funcional dos idosos, a prevenção de doenças, a recuperação e a reabilitação da saúde e a criação do Estatuto do Idoso em 2003 (Lei nº 10741), que garantiu ao

idoso a assistência à saúde, nos diversos níveis de atendimento do SUS, através de programas e medidas profiláticas, foram medidas adotadas na tentativa de atender melhor as necessidades dessa população (FERREIRA; ANTUNES; ANDRADE, 2013; KOCH FILHO, 2011; VIANA, 2010).

Apesar da ampliação da oferta e da cobertura da assistência odontológica no Brasil, a utilização do serviço por idosos é ainda muito inferior às outras faixas etárias, diante de uma demanda acumulada de tratamento e a alta prevalência de perda dentária desacompanhada de reabilitação protética, resultado de uma história de modelo de saúde bucal individualista de baixa complexidade e pela ausência de programas específicos para esse grupo. No projeto Saúde Bucal Brasil, realizado em 2003 e 2010, foi observado um aumento no número de idosos que nunca frequentaram o dentista, esse índice que era de 5,8% passou a ser de 14,7% (FERREIRA; ANTUNES; ANDRADE 2013).

Dentre os fatores limitadores ao acesso dessa população aos serviços de saúde bucal, podemos citar a: acessibilidade geográfica, caracterizada pelo adequado planejamento da localização dos serviços de saúde, entre outros fatores, como a distância, o tempo necessário para cobri-la e os meios de transporte aceitáveis para a população; a acessibilidade econômica, que seria a remoção de barreiras derivadas do sistema de pagamento ou contribuição pelo usuário; a acessibilidade cultural, adequação das normas e técnicas aos hábitos e costumes da população usuária; e a acessibilidade funcional, ofertas de serviços oportunos e adequados à necessidade da população (FERREIRA; ANTUNES; ANDRADE, 2013; KOCH

FILHO, 2011; VIANA, 2010). Diferentes níveis econômicos, culturais e de saúde também interferem no acesso, na aceitação, na realização e no sucesso dos tratamentos odontológicos (KOCH FILHO, 2011).

Koch (2011) considera que os principais motivos que impedem os idosos de procurar os serviços odontológicos são: a falta de percepção de necessidade, os altos custos do tratamento odontológico, o comprometimento motor ou mental, experiências negativas anteriores, a falta de informação sobre os cuidados com a boca e os tabus pessoais como a perda de dente com o passar da idade é algo normal. (FERREIRA; ANTUNES; ANDRADE, 2013; KOCH FILHO,

2011; VIANA, 2010). Simões e Carvalho (2011), consideram como principais barreiras de acesso aos serviços odontológicos a baixa escolaridade, a baixa renda e a escassa oferta de serviços públicos de atenção à saúde bucal.

Idosos com maior renda e nível de escolaridade apresentaram maiores prevalências de uso recente e regular do serviço odontológico. A maior renda facilitará a compra de um serviço ou facilitará o acesso ao mesmo, e a maior escolaridade possibilitará um maior conhecimento a respeito da importância do uso regular de serviços de odontologia e da saúde bucal (PERES et al, 2012; FERREIRA; ANTUNES; ANDRADE, 2013; VIANA, 2010).

A falta de percepção da necessidade de atendimento odontológico aliado à cultura de que indivíduos edêntulos não necessitam de acompanhamento odontológico

contribuem para o número reduzido de idosos frequentadores dos serviços de saúde bucal, refletindo a falta de orientação e de cuidados com a saúde bucal.

Quando se realiza a análise entre a utilização dos serviços odontológicos e a variável raça, observa-se que o mesmo é um fator limitante na utilização dos serviços odontológicos, sendo que a chance de um idoso negro nunca ter consultado um dentista é duas vezes maior quando comparado a um idoso branco (SOUZA, 2012).

O reduzido número de programas de saúde bucal voltados a 3ª idade e o baixo índice de profissionais e com pouco preparo para o atendimento desses indivíduos em nosso país, realçam a necessidade de profundos estudos e adequação técnica para atuação nessa população. A saúde bucal do idoso brasileiro encontra-se em situação precária, existindo ainda uma demanda reprimida no sentido de ofertas de recursos e serviço, além do elevado índice de edentismo, o que reflete a ineficácia historicamente presente nos serviços públicos de atenção odontológica, que não foca na prevenção e promoção de saúde para esse grupo populacional, sendo muitas vezes apenas curativista (SIMÕES; CARVALHO, 2011; VIANA, 2010).

CONCLUSÃO

O acesso aos serviços odontológicos de adultos e idosos ainda é muito ineficiente, se tornando um grande desafio ao Sistema Único de Saúde. Para tanto, se faz necessário que a gestão pública intensifique os esforços e recursos no sentido de aumentar a cobertura, a resolutividade e a qualidade das ações, para que possa, efetivamente, cumprir o seu papel na produção da saúde bucal, até mesmo buscando desenvolver programas específicos que possam assegurar serviços odontológicos às classes desassistidas. É responsabilidade das esferas governamentais quebrar as barreiras que dificultam esse acesso, bem como contribuir para diminuir as disparidades de utilização desse serviço entre as diferentes regiões do Brasil, buscando fortalecer o trabalho preventivo em contrapartida ao modelo curativista. Tais medidas resultarão num maior acesso da população a esse serviço bem como diminuirá diferenças intrínsecas encontradas nos mais diversos grupos populacionais.

O momento atual é oportuno para aquisição e consolidação de novas práticas, pois há de se considerar que em se tratando de saúde bucal, um grande passo foi dado através da implantação da atual Política Nacional destinada ao setor, porém, é necessário que haja, além de incentivos para implantação de novas políticas públicas de saúde bucal, um maior suporte e capacitação técnica para os trabalhadores da saúde, traduzindo-se em mudanças efetivas no modo de produção e organização do sistema de saúde.

LISTA DE REFERÊNCIAS

- ANDERSEN, R. M. Revisiting the behavioral model and access to medical care: does it matter? *Journal of health and social behavior*, p. 1-10, 1995.
- ANDERSEN, R.; NEWMAN, J. F. Societal and individual determinants of medical care utilization in the United States. *The Milbank Quarterly*, v. 83, n. 4, 2005.

- ASSIS, M. M. A.; JESUS, W. L. A. Acesso aos serviços de saúde: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, n. 11, 2012.
- BARBOSA, S.; ELIZEU, T. S.; PENNA, C. M. M. Ótica dos profissionais de saúde sobre o acesso à atenção primária à saúde. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 8, 2013. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.
- CASTRO, R. D.; OLIVEIRA, A. G. R. da C.; ARAÚJO, I. M. Estudo da Acessibilidade Organizacional aos Serviços de Saúde Bucal de um Município de Pequeno Porte do Nordeste Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências da Saúde*, v. 14, n. 4, p. 95-76, 2011.
- CHAVES, S. C. L. et al. Características do acesso e utilização de serviços odontológicos em municípios de médio porte. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, n. 11, 2012.
- COSTA, J. F. R.; CHAGAS, L. de D.; SILVES-TRE, R. M. A política nacional de saúde bucal do Brasil: registro de uma conquista histórica. In: Técnica. Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde. OPAS, 2006. ESTEVES, R. S. de S. Perfil da atenção odontológica de um município de grande porte do Brasil. 2012. 118 f. Tese (Doutorado) - Curso de Odontologia, Faculdade de Odontologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.
- FERREIRA, C. de O.; ANTUNES, J. L. F.; ANDRADE, F. B. Fatores associados à utilização dos serviços odontológicos por idosos brasileiros. *Revista de Saúde Pública*, v. 47, n.3, p. 90-97, 2013.
- FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 98). Rio de Janeiro, 1998.
- JESUS, W. L. A.; ASSIS, M. M. A. Revisão sistemática sobre o conceito de acesso nos serviços de saúde: contribuições do planejamento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 1, 2010.
- KOCH FILHO, H. R. et al. Uma década da Odontogeriatría brasileira. *Archives of Oral Research*, v. 7, n. 3, 2017.
- MACHADO, L. P. et al. Uso regular de serviços odontológicos entre adultos e idosos em região vulnerável no sul do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 3, p. 526-533, 2012.
- MIRANDA, C. D. C.; PERES, M. A. Determinantes da utilização de serviços odontológicos entre adultos: um estudo de base populacional em Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 29, n. 11, p. 2319-2332, 2013.
- PERES, K. G. et al. Redução das desigualdades sociais na utilização de serviços odontológicos no Brasil entre 1998 e 2008. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 2, p. 250-258, 2012.

- PERES, M. A. et al. Desigualdades no acesso e na utilização de serviços odontológicos no Brasil: análise do Sistema de Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (VIGITEL 2009). Caderno de Saúde Pública, v. 28, 2012.
- PINTO, R. da S.; MATOS, D. L.; LOYOLA FILHO, A. I. Características associadas ao uso de serviços odontológicos públicos pela população adulta brasileira. Ciência & Saúde Coletiva, v. 17, n. 2, 2012.
- SILVA, B. F. S.; BENITO, G. A. V. A voz de gestores municipais sobre o acesso à saúde nas práticas de gestão. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, n. 8, p. 2189-2200, 2013.
- SIMÕES, A. C. de A.; CARVALHO, D. M. The reality of the oral/dental health of the elderly in the Brazilian Southeast. Ciência & Saúde Coletiva, v. 16, n. 6, p. 2975-2982, 2011.
- SOARES, F. F.; CHAVES, S. C. L.; CANGUSSU, M. C. T. Desigualdade na utilização de serviços de saúde bucal na atenção básica e fatores associados em dois municípios brasileiros. Revista Panamericana de Salud pública, v. 34, n. 6, p. 401-406, 2013.
- SOUZA, E. H. A. et al. Raça e o uso dos serviços de saúde bucal por idosos. Ciência & Saúde Coletiva, v. 17, n. 8, 2012.
- SOUZA, L. F.; CHAVES, S. C. L.. Política Nacional de Saúde Bucal: acessibilidade e utilização de serviços odontológicos especializados em um município de médio porte na Bahia. Revista Baiana Saúde Pública, v. 34, n. 2, 2011.
- VIANA, A. A. de F. et al. Acessibilidade dos idosos brasileiros aos serviços odontológicos. RFO UPF, v. 15, n. 3, p. 317-322, 2010. VIANA, I. B.; MARTELLI, P. J. de L.; PIMEN-
- TEL, F. C. Análise do acesso aos serviços odontológicos através do indicador de primeira consulta odontológica programática em Pernambuco: estudo comparativo entre os anos 2001 e 2009. Revista Brasileira em Promoção da Saúde, v. 25, n. 2, p. 151-160, 2012.



**A Pedagogia da Alternância nas licenciaturas em
Educação do acadêmicas Campo: olhar sobre as produções**

**The Pedagogy of Alternation in degree in Rural
Education: look at academic productions**

Tamine Santos Saul
Ricardo Antônio Rodrigues
Neiva Maria Frizon Auler
taminesk8mlks@hotmail.com

RESUMO.

Este trabalho tem como objetivo investigar como vem sendo discutida a Pedagogia da Alternância nas Licenciaturas em Educação do Campo, nas produções acadêmicas. Para isso, em um primeiro momento, foi realizado um estudo bibliográfico dos históricos das Licenciaturas em Educação do Campo e da Pedagogia da Alternância e, posteriormente, o mapeamento das produções acadêmicas no Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). O recurso metodológico utilizado foi a Análise Textual Discursiva (ATD), organizada em três componentes: unitarização, categorização e metatexto. As análises permitiram identificar como vem sendo discutido o Regime de Alternância, nas formações iniciais em Educação do Campo, segundo as produções acadêmicas analisadas.

Palavras-chave: Pedagogia da Alternância, Formação Inicial em Educação do Campo, Teoria e prática.

ABSTRACT.

This article had as objective to investigate how has been discussed the Pedagogy of Alternation in the Degree in Rural Education, in the academic productions. To this end, a bibliographic study was carried out on the history of the Undergraduate Courses in Countryside Education and Pedagogy of Alternation, and later the mapping of academic productions in the Thesis and Dissertation Bank of the Coordination for the Higher Level (CAPES). The methodological resource used was the Discursive Textual Analysis (DTA), organized into three components: unitarization, categorization and metatext. The analyzes allowed to identify how has been discussed the Alternating Regime, in the initial formations in Countryside Education, according to the academic productions analyzed.

Keywords: Pedagogy of Alternation, Initial Formation in Countryside Education, Theory and Practice.

Introdução

A partir dos estudos teóricos sobre a Educação do Campo, com base nas disciplinas e nos materiais disponibilizados durante a realização do Curso de Especialização em Educação do Campo e Agroecologia, no âmbito do Instituto Federal Farroupilha – Campus Jaguari, surgiu o interesse em aprofundar o conhecimento referente ao tema: a Pedagogia da Alternância (doravante PA), desde o ingresso na especialização, pelo fato de enxergá-la como uma metodologia fundamental para os cursos superiores do próprio campus, por proporcionar a não dicotomia entre a teoria e a prática e propiciar o trabalho coletivo entre os docentes.

Assim, pesquisar sobre a PA nas Licenciaturas em Educação do Campo é o foco desta pesquisa, pois se entende que a Pedagogia da Alternância (PA) é um meio para alcançarmos a formação omnilateral, que contrapõe a concepção vigente atualmente na sociedade alicerçada em um modelo de humanidade sem história, individualista e competitiva, buscando apenas pelo interesse próprio (Frigotto, 2012).

Educação omnilateral significa, assim, a concepção de educação ou de formação humana que busca levar em conta todas as dimensões que constituem a especificidade do ser humano e as condições objetivas e subjetivas reais para seu pleno desenvolvimento histórico. (Frigotto, 2012, p. 265).

É nesse sentido que a educação omnilateral contribui para esses cursos de formação inicial, pois garante as necessidades dos licenciandos camponeses, contribuindo para a não dicotomia entre teoria e prática.

O que o autor acima mencionado defende vem ao encontro dos elementos estruturantes da Educação do Campo como, por exemplo, garantia do protagonismo dos movimentos sociais, vinculação com as lutas do campo, formação multidisciplinar e, ainda, o objeto desta pesquisa, a Alternância pedagógica (Molina, 2015), que auxilia no “... desenvolvimento intelectual, cultural, educacional, psicossocial, afetivo, estético e lúdico...”. (Frigotto, 2012, p. 265), objetivando uma educação que constrói o sujeito dentro de determinadas condições histórico-sociais.

As Licenciaturas em Educação do Campo vêm sendo construídas nos últimos anos, tratando-se de uma história recente, em torno de uma década de existência, apenas. Seu início ocorreu após os manifestos do MST (Movimento Sem Terra) no Distrito Federal – Brasília, os quais impulsionaram a criação das

A demanda existente e o debate sobre a necessidade da universidade, em parceria com os movimentos organizados no Fórum Regional de Educação do Campo (FREC SUPA), continuar atuando na formação docente, foram bases para a construção do Curso de Licenciatura em Educação do Campo. O curso foi criado nacionalmente a partir do Programa de Apoio à Formação Superior em Licenciatura do Campo

- PROCAMPO, em 2006, no âmbito da Secretaria de Educação Continuada.

A data dessa Política Pública, de acordo com Molina (2015), em 2007, com um projeto piloto em quatro Universidades Federais, a saber: Minas Gerais – UFMG, Sergipe – UFS, Bahia – UFBA e Brasília – UNB, foram construídos, então, os quatro primeiros cursos, por instituições universitárias indicadas pelos Movimentos Sociais, com base nos convites do Ministério da Educação. Segundo Molina (2015, p. 151): “... foram convidadas a integrar a proposta universidades que já tinham experiências na oferta de cursos de Educação do Campo e parcerias com os movimentos sociais e sindicais...”.

Atualmente, de acordo com o quadro elaborado por Maria do Socorro Xavier Batista (s./d.), baseado em consultas aos Projetos Pedagógicos dos Cursos, de quadro elaborado por Molina (2015) e do quadro constante no Caderno do IV Seminário da Licenciatura em Educação do Campo (2014), existem quarenta e oito universidades que ofertam as Licenciaturas em Educação do Campo, com base em cinco áreas do conhecimento: Linguagens e Códigos (Artes e Literatura, Artes Visuais e Música, expressão oral e escrita em Língua Portuguesa, Artes), Ciências Humanas e Sociais (Filosofia e Sociologia, História, Geografia Filosofia e Ciências Sociais), Ciências da Natureza (Biologia, Física e Química, Agronomia e Biologia), Ciências Agrárias e Matemática.

Apesar deste estudo não se detenha em realizar um levantamento sobre a organização dos cursos de Licenciatura em Educação do Campo, sabe-se que eles estão organizados dentro da PA, também chamada de Regime de Alternância, a qual se divide em Tempo Escola/Acadêmico/Universidade (TE/TA/TU) e Tempo Comunidade (TC). Essa é uma metodologia recomendada para as escolas do campo, pelo parecer CNE/CEB nº 1/2006, que embora trate da Educação Básica, nos auxilia a pensar também na Educação Superior:

A matéria é altamente relevante, pois a Educação do Campo é assunto estratégico para o desenvolvimento socioeconômico do meio rural e a Pedagogia da Alternância vem se mostrando como a melhor alternativa para a Educação Básica, neste contexto, para os anos finais do Ensino Fundamental, o Ensino Médio e a Educação Profissional Técnica de nível médio, estabelecendo relação expressiva entre as três agências educativas – família, comunidade e escola. (Brasil, 2012, p. 39, grifo nosso).

Pensando nessa recente história das Licenciaturas em Educação do Campo, no Brasil, é necessário olharmos para as pesquisas que vêm sendo desenvolvidas sobre a PA, nesses cursos, com o objetivo de responder o seguinte problema de pesquisa: como a PA vem sendo discutida nas Licenciaturas em Educação do Campo, segundo as produções acadêmicas?

Desse modo, este trabalho tem por objetivo mapear as produções acadêmicas relacionadas à PA nas Licenciaturas em Educação do Campo, investigando e analisando como a PA vem sendo discutida nas produções desse Regime para as Licenciaturas em questão, a partir de categorias a priori.

Desenvolvimento

Para uma melhor compreensão das produções acadêmicas relacionadas com a temática (Licenciaturas em Educação do Campo e PA) inicialmente, realizamos um levantamento do seu percurso histórico. O texto segue trazendo presente o objeto

principal da pesquisa (Alternância Pedagógica), o percurso metodológico e os principais resultados elencados pela presente pesquisa.

Histórico das Licenciaturas em Educação do Campo

A partir da luta dos Movimentos Sociais, a educação passou a ser repensada para os povos do campo. Os debates iniciaram no I Encontro de Educadores e Educadoras da Reforma Agrária (IENERA), realizado no ano de 1997. Assim, como consequência das demandas apresentadas nesse encontro, no ano de 2004, na II Conferência Nacional de Educação do Campo (IICNEC), por meio da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi), é instituído um grupo de trabalho (GT), em 2005, para a elaboração de uma política de formação de educadores para a Educação do Campo, a qual transformou-se no

Programa de Apoio às Licenciaturas em Educação do Campo (Procampo) (Molina, 2012).

Segundo a pesquisa apresentada por Molina (2015), intitulada: “Expansão das licenciaturas em Educação do Campo: desafios e potencialidades”, a mesma é integrada por sete subprojetos, dos quais um deles conta com esse Grupo de Pesquisa – GP, que teve como foco, de maneira geral, analisar a Educação Superior do Campo. A expansão dessa educação foi a partir da implementação de

42 cursos nas IES brasileiras, intitulada Licenciatura em Educação do Campo – nova modalidade de graduação (Molina, 2015).

Essa ampliação é parte de uma política de Estado (de 2012, portanto, também recente) chamada de Programa Nacional de Educação do Campo (Procampo), sendo que uma de suas responsabilidades é a implantação de novos cursos de Licenciatura em Educação do Campo – Ledoc. Segundo Molina (2015, p. 150):

... o Procampo é uma política de formação de educadores, conquistada a partir da pressão e das demandas apresentadas ao Estado pelo Movimento da Educação do Campo. Pautada desde a primeira Conferência Nacional por Uma Educação Básica do Campo – CNEC, realizada em 1998, a exigência de uma Política Pública específica para dar suporte e garantir a formação de educadores do próprio campo vai se consolidar como uma das prioridades requeridas pelo Movimento, ao término da II Conferência Nacional por uma Educação do Campo, realizada em 2004, cujo lema era exatamente “Por Um Sistema Público de Educação do Campo”.

É, então, com a intensa participação e cobrança dos Movimentos Sociais, a partir das pautas do II CNEC, que se institui o GT, responsável por elaborar uma proposta que deveria subsidiar a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – SECADI, na proposição ao Ministério da Educação – MEC.

Após reuniões e tratativas, ocorre a criação e implantação dessa política, por meio de uma experiência piloto em quatro universidades, como já mencionado.

Histórico da Pedagogia da Alternância (PA)

A PA é uma metodologia que possibilita a formação integral e interdisciplinar, considerando a teoria e a prática, trazendo em sua essência o contato com a realidade, bem como o processo de construção e reconstrução, a partir do diálogo, da problematização, do processo de reflexão e crítica, do coletivo, dentre outros. É considerada uma possibilidade de construção que considera a realidade, pois se trata de uma metodologia que não está pronta (Zonta, 2010).

A PA nasce no ano de 1935, em um vilarejo no sudoeste da França, na casa de Jean Peyrat, um agricultor e líder sindical. Yves Peyrat, aos seus doze anos de idade disse ao seu pai, Jean, que sempre o obedeceria, mas que não gostaria mais de ir à escola, pois ela era perda de tempo, visto que, segundo o menino, lá não aprendia nada e que gostaria de ajudá-lo em casa, com suas próprias mãos (Zonta, 2010).

Dessa forma, o pai entendeu a mensagem, alicerçado na necessidade de seu filho, que segundo Zonta (2010, p. 18- 19):

Jean Peyrat estudou todas as possibilidades que a região lhe oferecia e chegou à conclusão de que nada existia, que se pudesse adaptar aos filhos dos agricultores que queriam continuar na terra. A solução para o caso era complexa. No domingo, após a missa na bucólica igreja construída sobre uma colina da qual se consegue olhar as pequenas propriedades rurais onde se produz ameixa, Jean procurou conversar com amigos e contar-lhes o ocorrido. Imediatamente eles disseram ter o mesmo problema em suas casas, os filhos negavam-se em ir à escola.

Depois da conversa com o Padre Granereau, ambos pensaram em um “... tipo de formação que possibilitasse aos jovens uma aprendizagem prática na exploração familiar e que recebesse ao mesmo tempo uma formação geral, social e técnica”. (Zonta, 2010, p. 19). Após estudo, nasceu uma alternativa para que seus filhos permanecessem trabalhando na terra: uma vez por mês se encontrariam na canônica para um curso de formação agrícola, durante o período de novembro a abril.

Surgiu, então, o método “... Maison Familiale Rurale: o método da alternância entre a prática na propriedade agrícola e a formação geral, social e técnica no centro de formação”. (Zonta, 2010, p. 19), no dia 24 de novembro de 1935.

Nesse sentido, na tentativa de um resgate histórico do também chamado Método da PA, buscou-se por suas bases históricas, bem como pelo processo ensino aprendizagem necessário para a PA. Ainda, é importante situar no espaço histórico, para melhor compreensão de seu surgimento, que a primeira Casa Familiar Rural (CFR) “... nasceu da reflexão de algumas famílias agricultoras francesas sobre problemas concretos de educação de seus filhos”. (Zonta, 2010, p. 18), ou seja, de uma necessidade real, no ano de 1935.

Assim, o efeito progressivo dessa proposta de educação foi experienciado em outros locais da Europa, como Itália (1959), Espanha (1966) e Portugal (1984). No Brasil, surgem as primeiras tentativas em 1968, em Pernambuco, também a partir da necessidade, pois a miséria dos agricultores por causa da seca acabou priorizando a fabricação de artesanatos, a partir da matéria-prima.

A Pedagogia da Alternância no Brasil encontra-se presente em dois movimentos: nas Escolas Famílias Agrícolas no sudeste do Brasil a partir dos anos 60 e, influenciadas pelas experiências da Itália e as Casas Familiares Rurais no Sul do Brasil, a partir dos anos 80, influenciadas pelas experiências da França. (Zonta, 2010, p. 21).

A base associativa dos princípios da PA, segundo Zonta (2010), tem como propósito qualificar os sujeitos do meio rural para a construção de projetos em suas propriedades, visando o desenvolvimento de cada um com uma “... “educação a partir da vida””. (Zonta, 2010, p. 24). Da mesma maneira:

Nosso papel não é falar ao povo sobre a nossa visão do mundo, ou tentar impô-la a ele, mas dialogar com ele sobre a sua e a nossa. Temos de estar convencidos de que a sua visão do mundo, que se manifesta nas várias formas de sua ação, reflete a sua situação no mundo, em que se constitui. ... (Freire, 2014b, p. 120, grifo do autor).

Com base no mencionado, é fundamental trazermos as nossas reflexões para o campo da pesquisa em questão, as Licenciaturas em Educação do Campo. Se precisamos de professores para atuar nas escolas básicas de Educação do Campo, necessitamos que eles tenham uma formação adequada às necessidades dessa realidade de camponeses. É nesse sentido que a PA vem para contribuir com a organização curricular desses cursos de formação, no sentido de valorizar o acadêmico a já estar intervindo em sua realidade.

Segundo Teixeira (2008), o trabalho mais antigo sobre o tema (PA) foi uma dissertação de mestrado em 1977, ou seja, oito anos depois do surgimento de tal Pedagogia. Por isso, a importância de buscarmos as produções acadêmicas publicadas nos últimos anos que tragam a PA, neste estudo, com enfoque nas Licenciaturas em Educação do Campo (Ledoc's). Afinal, segundo Sául (2016, p. 5): “É necessário frisar que há uma carência muito grande de estudos e pesquisas a respeito da Pedagogia da Alternância e, principalmente, das características dessa pedagogia, mesmo com muitas experiências na educação escolar do Brasil nesse sentido”.

Assim, surge o interesse e a curiosidade sobre a existência ou não de pesquisas, em que o foco de análise seja a PA, nos Cursos de formação inicial em Educação do Campo.

Relação das Licenciaturas em Educação do Campo e a Pedagogia da Alternância (PA)

A partir da expansão dos cursos de Licenciatura em Educação do Campo, foram elencados cinco pontos estruturantes, sendo eles:

... promover o ingresso dos sujeitos camponeses na Educação Superior; garantir o protagonismo dos movimentos sociais do campo na sua execução; se vincular organicamente com as lutas e com as Escolas do Campo; materializar-se a partir da Alternância pedagógica; promover a formação do trabalho docente multidisciplinar, a partir das áreas de conhecimento ... (Molina, 2015, p. 148, grifo nosso).

Neste trabalho, o objeto de estudo é o quarto ponto, grifado na citação acima: “Alternância pedagógica”, sendo que o currículo das Licenciaturas em Educação do Campo é organizado em etapas presenciais, ofertado em Regime de Alternância entre o

Tempo Escola e o Tempo Comunidade “... tendo em vista a articulação intrínseca entre educação e a realidade específica das populações do campo”. (Molina, 2015, p. 152).

Encaminhamentos Metodológicos

Com base no problema de pesquisa: “como a Pedagogia da Alternância vem sendo discutida nas Licenciaturas em Educação do Campo, segundo as produções acadêmicas?”, os objetivos específicos foram:

- Mapear as produções acadêmicas (teses e dissertações) sobre as Licenciaturas em Educação do Campo e a PA;
- Identificar e analisar como vem sendo discutida a PA nos Cursos de Licenciatura em Educação do Campo nessas pesquisas.

A pesquisa foi realizada em três etapas:

Primeira etapa: busca, no Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelos termos: “Licenciatura em Educação do Campo”, “Educação do Campo e Licenciatura” e “Ledoc”, com o objetivo de localizar o termo “Pedagogia da Alternância” apenas no âmbito das Licenciaturas em Educação do Campo. Essa etapa ocorreu nos meses de maio a julho de 2017, selecionando todos os trabalhos encontrados, independente do ano de suas publicações.

Segunda etapa: a partir dos trabalhos encontrados na etapa anterior, foram selecionados aqueles que continham o termo “Pedagogia da Alternância”, explícitos nos títulos, nas palavras-chave e nos resumos, pois se entende que se a PA foi foco das pesquisas ela estaria citada em uma destas seções. Utilizamos esta estratégia para focar somente nas LEDOC’s, tendo em vista que a PA é a metodologia utilizada para os cursos de Educação do Campo e, por isso, é comum estar presente no corpo do texto;

Terceira etapa: nesta etapa, aconteceu a leitura e a análise dos trabalhos na íntegra com a finalidade de realizar a categorização, as quais foram analisadas por meio da Análise Textual Discursiva que, conforme Moraes e Galiuzzi (2011, p. 193):

Uma produção escrita em que o autor se assuma efetivamente sujeito constitui reconstrução em movimento de seus próprios conhecimentos e teorias. Tal como Fênix, a ave fantástica egípcia que ressurgue de suas próprias cinzas, o conhecimento do sujeito precisa ser destruído, desorganizado ou desconstruído para que novos conhecimentos possam se constituir.

A Análise Textual Discursiva (ATD) utilizada na presente pesquisa tem a intenção de reconstruir conhecimentos existentes sobre o tema investigado, que é a PA. Dessa maneira, segundo Ilha (2014): “... tendo o pesquisador em formação (na verdade todos estão em constante formação) a real dimensão deste processo de produção, a partir da desconstrução/reconstrução do seu corpus de análise...”, a construção do conhecimento é possível a partir da ação- reflexão-ação, durante sua utilização como metodologia de pesquisa.

Pesquisas realizadas a partir da ATD são desenvolvidas em três fases: unitarização, categorização e metatexto (Moraes & Galiuzzi, 2011), também chamadas por Magoga (2017, p. 61) “... de três componentes ...”.

Durante a unitarização – primeira etapa da ATD – foram identificadas as unidades de significado, a partir dos termos: “Licenciatura em Educação do Campo (Ledoc)” e “Pedagogia da Alternância”.

Na categorização – segunda etapa da ATD – as unidades de significado identificadas/selecionadas na unitarização são organizadas e, segundo Moraes (2011, p. 194), “... esse movimento desorganizativo é seguido de um esforço de reorganização e reconstrução, fundamentado basicamente na categorização, processo intuitivo de saber explorar e aproveitar o que emerge do caldeirão...”.

Assim, os trabalhos foram organizados com base em duas categorias de Novais (2015, p. 19): “Formação de professores” e “Concepções e práticas”, baseadas em alguns dos eixos observados pelo trabalho de Almeida e Chamon (2012). As categorias foram escolhidas a priori, pois a leitura da dissertação em questão coincidiu com o trabalho de pesquisa aqui relatado e entendeu-se que um olhar sobre esses aspectos seria importante e contribuiria para um olhar desses cursos de graduação.

Para análise das categorias, escolhidas a priori, foram observados aspectos que condizem com a perspectiva da pesquisa: olhar como a PA nos Cursos de Licenciatura em Educação do Campo colabora ou não para a formação destes acadêmicos e para suas práticas docentes. A seguir estão as categorias e seus respectivos aspectos, baseados no trabalho de Novais (2015, p. 19):

1) Formação de professores – são trabalhos que demonstram os desafios e o desenvolvimento dos acadêmicos das

Licenciaturas em Educação do Campo, durante seu processo de formação inicial.

2) Concepções e práticas – trabalhos que analisam práticas dos acadêmicos de Licenciaturas em Educação do Campo, nas escolas e em outros espaços não formais de educação, durante o período de formação inicial.

Essas categorias foram pensadas, pois:

... Na constituição das categorias iniciais reúnem-se elementos com uma aproximação muito estreita, quase uma identidade. Nos outros níveis reagrupam-se essas categorias iniciais em níveis cada vez mais abrangentes, sempre reunindo o que se mostra próximo. Nesse modo de categorização procura-se aproveitar todo o material válido disponível, organizando-o sistematicamente em um sistema de categorias. (Moraes, 2011, p. 204).

Durante a terceira etapa da ATD - o metatexto: “As teses propostas no presente texto fundamentam-se em processos reconstitutivos em que os sujeitos e autores se envolvem em suas produções assumindo-se efetivamente autores e participantes ativos nas reconstruções que produzem...”. (Moraes, 2011, p. 211). Nesse sentido, é nessa etapa que se realiza a organização de argumentos que defendam e sustentem o texto. Com

base na leitura, foi possível mapear e analisar as produções científicas – objetivos deste trabalho.

Resultados

Na primeira etapa, foram realizadas três buscas (uma para cada termo) no Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Quadro 1 – Resultados da primeira etapa.

Buscas:	1ª Busca	2ª Busca	3ª Busca
Termo utilizado:	“Licenciatura em Educação do Campo” “Ledoc” “Educação do Campo e Licenciatura”		
Dissertações disponíveis:	50	8	0
Dissertações não disponíveis:	10	0	0
Teses disponíveis:	24	4	0
Teses não disponíveis:		1	0
TOTAL:	85	12	0

Fonte: Elaborado pelos autores.

A partir das três buscas, foram encontrados, ao total, oitenta e cinco trabalhos com o termo: “Licenciatura em Educação do Campo” e doze trabalhos com o termo: “Ledoc”, porém desses doze trabalhos mencionados, onze se repetem aos primeiros (trabalhos com o termo “Licenciatura em Educação do Campo”), ou seja, a busca pelo termo “Ledoc” trouxe apenas um trabalho diferente, dos oitenta e cinco primeiros trabalhos encontrados.

Sendo assim, o total de trabalhos foram oitenta e seis. Porém, desses oitenta e seis, doze não foram encontrados disponíveis online, restando um total de setenta e quatro trabalhos para análise (cinquenta dissertações e vinte e quatro teses).

Quadro 2 – Relação da quantidade de trabalhos analisados.

Termo: “Licenciatura em Educação do Campo” e “Ledoc”

Dissertações disponíveis:	50
Teses disponíveis:	24
TOTAL:	74

Fonte: Elaborado pelos autores.

Durante a segunda etapa, com os 74 trabalhos encontrados, foram selecionadas produções que continham o termo “Pedagogia da Alternância” explícitos nos títulos, nas palavras-chave e nos resumos. Dessa busca, dos setenta e quatro trabalhos, resultaram apenas quatro (duas teses e duas dissertações), contendo os critérios de seleção já mencionados.

Seguem, abaixo, as informações sobre os quatro trabalhos analisados na íntegra, durante a terceira etapa.

Quadro 3 - Relação do nível, ano, título dos trabalhos, autores e suas respectivas Instituições de Nível Superior (IES).

Nível Ano Título Autor Instituição

Mestrado 2013 Concepções e práticas dos sujeitos envolvidos nos cursos de Licenciatura em Educação do Campo no polo de Castanhal/PA. Maria Divanete Souza da Silva UFPA (Universidade Federal do Pará)

Mestrado 2015 Em questão: os processos investigativos na formação inicial de educadores do campo – área de ciências da natureza e matemática Thais Gabriella Reinert Da Silva Hudler UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina)

Doutorado 2014 Comunicação e tecnologias da informação na formação de educadores para ampliação das perspectivas críticas dos sujeitos na Licenciatura em Educação do Campo da UNB. Márcio Ferreira UNB (Universidade de Brasília)

Doutorado 2015 Por uma pedagogia com foco no sujeito: um estudo na Licenciatura em Educação do Campo. Ana Maria Orofino Teles UNB (Universidade de Brasília)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Quadro 4 – Número e porcentagem de trabalhos analisados (continua).

Total de trabalhos 74

Teses e Dissertações selecionadas para análise 4

Formação de professores 2

Porcentagem em relação à quantidade de trabalhos

(%) 2,70%

Fonte: adaptado de Novais (2015, p. 24).

Quadro 4 – Número e porcentagem de trabalhos analisados (continuação).

Total de trabalhos 74

Concepções e práticas 2

Porcentagem em relação à quantidade de trabalhos

(%) 2,70%

Fonte: adaptado de Novais (2015, p. 24).

A partir da análise das quatro publicações selecionadas com leitura na íntegra, os trabalhos de Hudler (2015) e Teles (2015) pertencem a mesma categoria: 1 (Formação de professores) e os trabalhos de Silva (2013) e Ferreira (2014) à categoria 2 (Concepções e práticas).

Categoria 1: formação de professores

O trabalho de Hudler (2015) pertence à categoria 1 porque já no resumo aparece o termo em questão. Porém, antes mesmo a autora cita: regime de alternância pedagógica, que tem o mesmo significado. Segundo a autora, a PA e a Formação por área são fundamentais para a não dicotomia entre teoria e prática e também para a valorização da realidade.

O termo aparece no decorrer do texto, aproximadamente quarenta e quatro vezes. Segundo Hudler (2015, p. 38): “O foco da prática da Pedagogia da Alternância nos CEFFAS é a dinâmica entre a família e a escola, já no Ensino Superior o foco consiste no estabelecimento da relação entre a universidade e a comunidade”.

É nesse sentido que a formação de professores para a Educação do Campo está fortemente atrelada à PA. Assim:

Dessa forma, mesmo quando se compreende a adoção da Pedagogia da Alternância e da Formação por Área de Conhecimento como elementos balizadores em função de lutas e

pesquisas dos movimentos sociais, percebe-se a necessidade de reconstruir e ressignificar essas práticas e propostas ao se pensar a formação de professores nos tempos e espaços das universidades públicas brasileiras. (Hudler, 2015, p. 128).

O trabalho de Teles (2015) também pertencente à categoria 1 e menciona que o objetivo de pesquisa foi integrar o sujeito (licenciandos) ao seu objeto (comunidade), buscando conjugar a teoria e a prática, visando a práxis. Assim, a intenção, nesse trabalho, foi perceber em que sentido ou não a PA colabora com a formação integral entre sujeito e objeto. Durante o trabalho, o termo PA apareceu em torno de vinte vezes, tratando dos aspectos relativos à PA: teoria e prática, Tempo Escola e Tempo Comunidade, formação integral do sujeito, entre outros.

Isso nos faz refletir sobre a importância da PA para a teoria e a prática, pois a práxis segundo Freire (2014b, p. 52): "... é a reflexão e ação dos homens sobre o mundo para transformá-lo. Sem ela, é impossível a superação da contradição opressor-oprimidos.". É assim que a pedagogia colabora para a transformação da realidade dos sujeitos envolvidos, pois, de acordo com o mesmo autor (2014b, p. 168): "... significa precisamente que não há revolução com verbalismos, nem tão pouco com ativismo, mas com práxis, portanto, com reflexão e ação incidindo sobre as estruturas a serem transformadas". (grifo do autor).

Segundo Teles (2015, p. 37):

A Pedagogia da Alternância permite que jovens e adultos conciliem o trabalho nas propriedades rurais com a formação docente, bem como possibilita processos investigativos nas comunidades rurais e a leitura da realidade destas comunidades articulado às teorias no meio acadêmico.

Nesse sentido, há relação entre teoria e prática e entre ação e reflexão.

Categoria 2: concepções e práticas

O trabalho de Silva (2013) pertence à categoria 2, pois mesmo aparecendo o termo: PA pela primeira vez nas palavras-chave, já no resumo a própria autora menciona que o trabalho aborda concepções e práticas. O termo aparece cerca de onze vezes durante o trabalho, em suma, refletindo sobre a importância de tal pedagogia para considerar a realidade dos discentes, sendo uma referência para a Educação do Campo. Afinal, a leitura da realidade:

Como educador preciso ir "lendo" cada vez melhor a leitura do mundo que os grupos populares com quem trabalho fazem de seu contexto imediato e do maior de que o seu é parte. O que quero dizer é o seguinte: não posso de maneira alguma, nas minhas relações político-pedagógicas com os grupos populares, desconsiderar seu saber de experiência feito. Sua explicação do mundo de que faz parte a compreensão de sua própria presença no mundo. E isso tudo vem explicitado ou sugerido ou escondido no que chamo leitura do mundo, que precede sempre a leitura da palavra. (Freire, 2014a, p. 78- 79, grifo do autor).

Assim, o termo aparece ao relatar o histórico da PA no mundo e no Brasil, ao trazer os tipos de PA existentes (justapositiva, associativa e real ou copulativa ou integrada), na

alteração entre os tempos de formação (Tempo Acadêmico – TA - e Tempo Comunidade

- TC), etc. Segundo o trabalho, os entrevistados viram a PA como importante, sendo o diferencial do curso, relacionando a teoria e a prática. Como mencionado pelos sujeitos pesquisados, no trabalho em questão:

... a Pedagogia da Alternância como metodologia estruturante no Curso de Licenciatura em Educação do Campo é vista pelos entrevistados como uma ferramenta importante que faz o diferencial do curso e permite aos mesmos a compreensão crítica da realidade, à medida que é oportunizado as vivências no tempo comunidade. (Silva, 2013, p. 82).

Já no trabalho de Ferreira (2014), o termo buscado aparece em média setenta e oito vezes, ao longo do texto, a começar pelo resumo, em que é descrito que a PA é importante para a não separação entre a realidade dos sujeitos e a sua formação. Além disso, trata-se também da categoria 2, pois realiza as relações com a Comunicação e Tecnologias da Informação (CTI), em que questiona-se: “A formação superior de educadores do campo a partir da PA pode ser, significativamente, requalificada pelo acesso, uso, construção-desconstrução- reconstrução das Tecnologias de Informação e Comunicação pautadas nas atividades de CTI?”. (Ferreira, 2014, p. 32).

O trabalho em questão também traz dados históricos da PA, em especial em nível de país, a divisão desta metodologia em Tempo Escola (TE) e Tempo Comunidade (TC), sua importância e contribuição para as Ledoc's e, ainda, o objetivo principal do trabalho, a relação e a contribuição da Comunicação e Tecnologias da Informação (CTI) para a PA.

Ainda, o trabalho reflete sobre o compromisso do educador não apenas com os processos de ensinar e de aprender, mas sim com processos educativos mais amplos. Nesse viés, não deixa de atender aos pressupostos freireanos, como destacado:

Olhando a Pedagogia da Alternância dentro destas experiências vemos sua clara aproximação com perspectiva freireana de educador como sujeito que também se reconstrói no processo de uma forma pedagógica (Alternância) que aproximam educador, educando, realidade concreta. (Ferreira, 2014, p. 135).

A citação refere-se à importância da PA como uma metodologia que considere a realidade dos sujeitos envolvidos.

Considerações finais

Retomando o problema de pesquisa: “como a Pedagogia da Alternância vem sendo discutida nas Licenciaturas em Educação do Campo, segundo as produções acadêmicas?”, foi notável que as quatro produções acadêmicas analisadas realmente dialogam com os referenciais sobre PA, seus pressupostos e análises práticas, o que colabora com as discussões feitas até aqui.

Pensando que a PA é uma forma de atender as necessidades dos povos camponeses, de maneira que, ao ingressar nas Licenciaturas em Educação do Campo, tenham a sua realidade considerada e valorizada, a PA vem ao encontro de atender essas

especificidades, possibilitando “... a leitura da realidade destas comunidades articulado às teorias no meio acadêmico”. (Teles, 2015, p. 37), como mencionado anteriormente.

Esta dinâmica ajuda, assim, a estabelecer o diálogo entre a teoria e a prática oferecendo mais sentido às experiências do cotidiano, bem como das lutas dos trabalhadores por terra e políticas públicas, oportunizando possibilidade de interação com a realidade e diálogo entre a teoria aprendida e a prática no espaço onde eles vivem.

Sobre as produções acadêmicas, foi possível perceber que a PA é vista pelos autores e pesquisadores como algo fundamental e necessário para a Educação do Campo, seja ela de nível básico ou superior. Afinal, a PA nasce justamente dessa necessidade de aliar a teoria e a prática, como descrita no seu percurso histórico.

Considerando a pesquisa realizada a partir das produções acadêmicas referentes ao tema, foi notável na fala dos autores que a PA é fundamental e necessária para que jovens e adultos conciliem o trabalho nas propriedades rurais com a formação docente, para possibilitar processos investigativos nas comunidades rurais, bem como a leitura da realidade destas comunidades, permitindo a eles a compreensão crítica da realidade, que são objetivos da PA.

Com isso, considerando o problema de pesquisa já citado, perceberam-se possibilidades de caminhos possíveis para a educação, tais como: a não dicotomia entre teoria e prática, a preocupação com a realidade do licenciando, dentre outras, e também os desafios como, por exemplo, formação adequada para os formadores desses futuros docentes da Educação do Campo.

Considerando que a PA possui uma caminhada superior a oitenta anos, os Cursos de Licenciatura em Educação no Campo são historicamente recentes, com uma década de existência. Esse fator foi um dos desafios para a realização dessa pesquisa, pois envolve um campo recente de pesquisas.

Se o termo pesquisado primeiramente no Banco de Teses e Dissertações da CAPES fosse “Pedagogia da Alternância”, seriam encontrados cerca de duzentos e vinte e um trabalhos. Porém, o foco desse trabalho era a PA no Ensino Superior (formação inicial de professores), por isso, foi utilizada a metodologia descrita nas seções anteriores.

Nos setenta e quatro trabalhos encontrados, após a busca pelo termo: “Pedagogia da Alternância” no título, resumo e palavras-chave, ele foi

Encontrado em apenas quatro deles. No entanto, percebeu-se, durante as buscas, que mesmo nos trabalhos que não possuíam os critérios de análise já mencionados, em alguns, o termo aparecia no decorrer do texto, os quais, nesse momento, não foram foco de análise, mas que indicam que quem pesquisa e escreve sobre as Licenciaturas em Educação do Campo conhece e preocupa-se em escrever sobre a PA.

Isso demonstra a importância da PA para a Educação do Campo, nesse caso, em especial, para os cursos de Licenciatura em Educação do Campo, como uma possibilidade de desenvolvimento do campo, de formação teórica e prática dos educandos, de projetos coletivos.

A partir da análise realizada observa-se uma maior ênfase nas possibilidades da PA do que nos limites. Dentre as possibilidades são mencionadas: a relação entre a comunidade e a escola, a formação integral entre sujeito e objeto, a não dicotomia entre teoria e prática, a preocupação com processos educativos mais amplos, que não apenas o ensinar e o aprender, etc.

Porém, na prática, estas possibilidades esbarram em diferentes desafios como, por exemplo, a necessidade de formação inicial ou permanente que propicie aos sujeitos pensar nessas questões. Tanto a Licenciatura em Educação do Campo, como a PA nasceram em cenários diferentes dos que são usualmente vivenciados hoje, sendo adaptações da Educação Básica para o Ensino Superior. Assim, devem ser analisadas as necessidades de cada realidade e repensadas novas formas, bem como são necessárias pesquisas que balizem nossos estudos neste campo.

Consideramos que a pesquisa realizada contribuiu de maneira significativa para nossa construção enquanto pesquisadores, de maneira a refletir aspectos importantes e necessários sobre a Educação do Campo e a PA, em especial nas Licenciaturas.

Assim, nos desenvolvemos em todos os âmbitos, pessoal, acadêmico e profissional, fazendo da práxis nossa aliada diária, por meio da pesquisa, pois entendemos qual a relevância das políticas para a vida dos envolvidos e, ainda, o quanto a realidade desses povos camponeses, se não considerada, acarreta no não desenvolvimento no meio rural.

Portanto, o trabalho foi relevante para buscarmos subsídios históricos do quanto tudo que existe e está em vigor no âmbito da educação para os povos oprimidos do campo, só foi possível a partir das lutas sociais. E, contribui para nos construirmos enquanto seres humanos que buscam cada vez mais entender o mundo dos sujeitos, com o objetivo de que essa formação continuada siga e seja permanente.

Referências

- Almeida, A. L., & Chamon, É. M. Q. O. (2012). Educação do campo: o estado da arte de teses produzidas entre 2001 a 2011. In *Anais do Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades* (pp. 1-18). Niterói, RJ.
- Anjos, M. P. (2015). Institucionalização da formação superior em Educação do Campo: Materialização dos princípios na licenciatura. *Educação em Perspectiva*, 6(2), 356-377. Doi: <https://doi.org/10.22294/eduper/ppge/ufv.v6i2.645>
- Resolução CNE/CEB 1, de 2 de Fevereiro de 2006. (2006). Dias letivos para a aplicação da Pedagogia da Alternância nos Centros Familiares de Formação por Alternância (CEFFA).
- Brasil. (2012). Educação do Campo: marcos normativos. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – SECADI.
- Caderno do IV Seminário da Licenciatura em Educação do Campo. (2014). In *Seminário Nacional da Licenciatura em Educação do Campo* (pp. 1-132). Belém, Pará.

- Edital nº 268/2015, de 22 de Julho de 2015. Processo Seletivo para os cursos de Pós-Graduação lato sensu do Instituto Federal Farroupilha 2015/II. Recuperado de: http://w2.iffarroupilha.edu.br/site/midias/arquivos/2015761129182edital_n%C2%BA_268_2015_processo_seletivo_para_os_cursos_de_pos-graduacao_jaguari_e_santo_agosto.pdf
- Ferreira, M. (2014). Comunicação e tecnologias da informação na formação de educadores para ampliação das perspectivas críticas dos sujeitos na Licenciatura em Educação do Campo da UNB (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Brasília, Brasília.
- Freire, P. (2014a). Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra. P. (2014b). Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro, RJ: Paz e Terra.
- Frigotto, G. (2012). Educação Omnilateral. In Caldart, R. S., Pereira, I. B., Alentejano, P., & Frigotto, G. (Orgs.). Dicionário da Educação do Campo (pp. 265-272). Rio de Janeiro, RJ, São Paulo, SP: Expressão Popular.
- Hudler, T. G. R. S. (2015). Em questão: os processos investigativos na formação inicial de educadores do campo – área de ciências da natureza e matemática (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.
- Ilha, G. C. (2014). O Diálogo entre a Formação Tecnocientífica e a Humanística na Educação Tecnológica: uma Problematização a partir do Estudo de Caso do Curso Superior de Tecnologia em Gestão Ambiental da UFSM (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul.
- Magoga, T. F. (2017). Abordagem temática na educação em ciências: um Olhar à luz da epistemologia fleckiana (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul.
- Molina, M. C. (2015). Expansão das licenciaturas em Educação do Campo: desafios e potencialidades. *Educar em Revista*, (55), 145-166. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-4060.39849>
- Molina, M. C., & Sá, L. M. (2012). Licenciatura em Educação do Campo. In Caldart, R. S., Pereira, I. B., Alentejano, P., & Frigotto, G. (Orgs.). Dicionário da Educação do Campo (pp. 265-272). Rio de Janeiro, RJ, São Paulo, SP: Expressão Popular.
- Moraes, R., & Galiuzzi, M. C. (2011). Análise textual discursiva. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí.
- Novais, E. S. P. (2015). Contribuições da Abordagem Temática Freireana para o Ensino de Ciências de uma escola do campo de Iguai/BA (Dissertação de Mestrado). Universidade Estadual de Santa Cruz, Bahia.

- Sául, T. S., & Rodrigues, R. A. (2016). A Importância da Pedagogia da Alternância para a Educação do Campo. In Mobrec (pp. 1-8). Santa Maria, RS.
- Silva, M. D. S. (2013). Concepções e práticas dos sujeitos envolvidos nos cursos de Licenciatura em Educação do Campo no polo de Castanhal/PA (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Pará, Pará.
- Teixeira, E. S., Bernartt, M. L., & Trindade, G. A. (2008). Estudos sobre Pedagogia da Alternância no Brasil: revisão de literatura e perspectivas para a pesquisa. *Educação e Pesquisa*, 34(2), 227-242. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-97022008000200002>
- Zonta, E. M., Trevisan, F., & Hillesheim, P. (Orgs.). (2010). *Pedagogia da Alternância e Agricultura Familiar/Poesias*. Frederico Westphalen, RS: URI/FW.

Factores limitantes del diálogo entre los procesos de enseñanza-aprendizaje y el contenido jurídico, en la educación del derecho

Limiting factors of the dialogue between the teaching-learning processes and the legal content, in the education of the right

Taeli Gómez Francisco
taeli.gomez@uda.cl

Rodrigo Cardozo Pozo
rodrigo.cardozo@uda.cl

Juan Rubio González
juan.rubio@uda.cl

Universidad de Atacama, Copiapó, Chile.

RESUMEN:

El propósito es demostrar la importancia que adquiere, para la enseñanza de las ciencias jurídicas, el cómo se relaciona el estudiante con el objeto de conocimiento jurídico o contenido a aprender. En él, se explican algunos de los límites que existen para que esa relación se dé de manera dialogante y activa, y se plantea por qué el estudiante no interactúa con el sistema teórico jurídico. Todo, con el objeto de superar la reproducción y asimilación pasiva de contenidos. La conclusión central demuestra las debilidades que se deben atender para superar la relación pasiva del estudiante con el objeto de conocimiento educativo jurídico, y cuáles son sus proyecciones para un aula democrática.

Palabras Clave: Enseñanza del derecho; Epistemología jurídica; Contenido jurídico.

ABSTRACT:

The purpose is demonstrate the importance acquired -for the teaching of the legal sciences- how the student relates to the object of legal knowledge or content to be learned. It explains some of the limits that exist for this relation as an active dialogue, and there is suggested why the student is not related to the legal theoretical system. All of this, in order to overcome the reproduction and passive assimilation of contents. The central conclusion demonstrates the weaknesses that must be addressed in order to overcome the passive relationship of the student with the object of legal educational knowledge, and what are their projections for a democratic classroom.

Keywords: Law teaching; Legal epistemology; Legal content.

INTRODUCCIÓN

La enseñanza de las ciencias jurídicas ha mantenido sus tradiciones pedagógicas en un enfoque centrado en el profesor. Él ha sido considerado como aquel que porta el conocimiento y lo transmite al estudiante, lo que se explica por la presencia de modelos psicopedagógicos tradicionales, basados en fundamentos positivistas y conductistas del aprendizaje. Este contexto educativo provoca inconvenientes a la enseñanza de las ciencias jurídicas, toda vez, que no se plantea situar al estudiante, en una posición de

interacción activa, crítica y creativa con el objeto de conocimiento educativo jurídico, es decir, con las categorías, teorías y bibliografía que componen a las ciencias jurídicas como sistema teórico. Tampoco le otorga protagonismo para crear conocimiento o ser un pensador crítico y revisor epistémico.

Los estudiantes, por la recepción pasiva del conocimiento, y muchas veces influenciados por la clase magistral, meramente expositiva, como la clasificaría Elgueta Rosas y Palma González (2014), no logran comprender la profundidad de los debates, ni lo que el profesor implica con su relato. Puede en muchos casos, repetir los razonamientos, e incluso, llegar a aplicar la mayoría de los contenidos, pero el problema está, y es el interés de este trabajo demostrarlo, en la posición pasiva que se promueve, para que interactúen con ellos, y de hacerlo intersubjetivamente en el aula.

Esto provoca como consecuencia, lo que denominamos una discapacidad dialógica, es decir, una dificultad para dialogar con las tramas categoriales, teorías y significados jurídicos, lo que le limita para construir fundamentos y dar soluciones a casos planteados de la vida profesional o simulaciones didácticas; en última instancia, para enfrentar una realidad desconocida y tener las habilidades para dar respuesta creativa a tales necesidades. No se debe olvidar que ello es de la esencia misma de un profesional y en especial de las ciencias jurídicas, dado que un abogado debe mediar la realidad desde categorías jurídicas.

Sin embargo, se deben reconocer los avances y la tendencia positiva a innovar en la enseñanza de las ciencias jurídicas en general¹ y también en el aula de especialidad, como en las ciencias penales (Ríos Corbacho, 2012 ; Holgado Saéz, 2013; Íñigo Corroza, E. y Sánchez-Ostiz Gutierrez, 2014; Scheechler Corona, 2012; Abel Souto, M. 2012) en el aprendizaje del Derecho Constitucional (Becerra Valdivia y Salas Salazar, 2015), en el estudio y enseñanza del Derecho Civil (Prayones, 2006 y Colmo, 2011) y:

1 En los últimos años académicos del área jurídica se han encontrado en Eventos científicos nacionales I, II, III y IV Congreso de Pedagogía y Enseñanza del Derecho realizados en la Universidad de Chile; el Seminario Nuevos paradigmas e innovaciones en la Enseñanza del Derecho, realizado por la Universidad Católica del Norte, Chile, 2011, ciudad de Antofagasta y Coquimbo (2014, 2015 y 2016) e internacionales, así como el Segundo Congreso Internacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho UNAM México 2014, entre otros sobre el tema.

En metodologías para la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Pérez Campos, 2012), por ilustrar someramente algunas experiencias. Con ello se ha favorecido la incorporación de enfoques constructivistas, modelos de enseñanza centrados en el estudiante y didácticas activas, de acuerdo a las sugerencias dadas desde el Proyecto Tuning América-Latina, que convocan al abandono de la tradicional formación destinada a la memorización de las normas jurídicas, por una más práctica y crítica, que se proyecte a la formación de competencias. Debates y propuestas que se mantienen en polémica, sobre todo, por la preocupación que existe por la cantidad de abogados que se titulan anualmente (Lazo González, 2011).

Sin embargo, con todo, no se ha profundizado en la relación que se da entre estudiante y el objeto de conocimiento jurídico; con este sistema abstracto de teorías que significan, y desde ahí entonces, las interrogantes que surgen: ¿la enseñanza de las ciencias

jurídicas, promueve una interacción activa con el contenido enseñado, es decir, con el objeto de conocimiento educativo jurídico?, y particularmente, ¿logra el estudiante interactuar con este sistema abstracto de categorías?; ¿lo construye y/o deconstruye, desde alguna posición?, ¿dialoga con él y se lo apropia, o simplemente lo recibe y asimila?

En consecuencia con lo anterior, el objetivo planteado en este trabajo de aproximación epistémica a la problemática planteada, ha sido indagar y examinar los obstáculos y límites, que una enseñanza tradicional reproductora promueve, para no desarrollar una relación de interacción de los estudiantes de Derecho, con el objeto de conocimiento jurídico. En ese contexto, se propone demostrar las consideraciones de tipo epistemológico y políticos, que impide desarrollar esta necesaria interacción (estudiante-objeto), que permita, se dé una apropiación y, al mismo tiempo, la toma de conciencia de la trascendencia ideológica que ello implica.

1. Límites que obstaculizan la relación del estudiante con el objeto de conocimiento educativo jurídico en un contexto de aprendizaje activo

Para realizar un análisis epistemológico y político del objeto de conocimiento educativo jurídico, así como su composición -entendiendo ello, la síntesis de comunidades científicas en constante desarrollo-, es necesario establecer algunos aspectos a considerar, donde se propicia y surge lo que hemos denominado, discapacidad dialógica entre estudiante y objeto de conocimiento educativo jurídico.

Como primera aproximación epistemológica, se hace conveniente precisar, que la praxis de la enseñanza-aprendizaje jurídica, se ha centrado principalmente, en el contenido, lo que denominaremos objeto de conocimiento educativo jurídico. Éste corpus, compuesto por teorías, tramas categoriales, instituciones y normas jurídicas, sumado a todo aquello, que compone un sistema artificial con significados específicos. En la práctica, consideramos que no se ha puesto atención, a cómo se relaciona el estudiante de Derecho con este sistema, o cómo se enseña a hacerlo, y a él, a aprender a aprenderlo.

Al respecto, la literatura pedagógica reconoce algunos tipos de estrategias de aprendizajes, en relación a cómo se interactúa con el objeto de conocimiento jurídico. Destacan, entre los más estudiados, el llamado aprendizaje superficial, al cual se contraponen, el denominado aprendizaje profundo. El primero, propiciaría métodos de enseñanza, que reproducen particularidades de un contenido determinado, donde el estudiante acepta ideas, información y memorización de manera rutinaria (Salas Silva, 1998), mientras que el segundo, sería una estrategia de aprendizaje, generador de movilidad y flexibilidad, pues sobre un mismo tópico, se puede realizar distintas operaciones mentales (Beas Franco, Manterola, Pacheco y Santa Cruz Valenzuela, 1998), lo que no sólo implica logros en comprensión profunda (Valenzuela Carreño, 2008), sino además, el beneficio de conseguir una retención en el largo plazo, para permitir que puedan ser utilizadas en la solución de problemas en contextos diferentes (Fasce Henry, 2007).

Se observa entonces, que la praxis de la enseñanza jurídica centrada preponderantemente en el contenido, ha promovido y desarrollado un aprendizaje del tipo superficial, que tiene como resultante, a estudiantes poco preparados para comprender

la profundidad de lo que debate, ni lo que está de fondo, como son los intereses ideológicos o valoraciones, sobre determinada problemática. Fasce Henry (2007), al respecto, establece que esta forma de aprendizaje, conlleva la memorización de la información como hechos aislados y sin conexión con las experiencias previas o con el contexto general, señalando además, que el objetivo central consiste en retener datos para aprobar la evaluación.

De lo anterior se desprende, que desde una estrategia de enseñanza superficial, el estudiante no aprende a interactuar con el objeto de conocimiento educativo jurídico, más bien lo recibe pasivamente. Ello, va en la línea de lo planteado por Freire (2012), quien cataloga como educación bancaria, a aquella praxis donde el docente no se comunica con los estudiantes, no abre espacio a dialogar con los contenidos a aprender, sino más bien deposita en ellos comunicados y donde la única acción que se le ofrece es recibir, guardar y depositar.

1.1. Relación epistemológica sujeto-objeto de conocimiento en las dinámicas curriculares; lo que dice relación con el qué conocer (Gómez Francisco, 2010)

Otro de los límites, que a nuestro entender, obstaculizan la relación del estudiante con los contenidos del aula, está dado con la consideración epistemológica del objeto de estudio, del sujeto cognoscente y de cómo se da la relación en el aula jurídica. Al respecto, es necesario establecer, que epistemológicamente, la relación dialéctica sujeto-objeto, ha descrito una historia dinámica, que resurge en la modernidad, con la clásica posición cartesiana que establece la dualidad entre ambos, hasta la participación dialéctica que ha venido a desarrollarse desde las distintas revoluciones científicas. Así, desde la Física con Heisenberg (1976), intenta demostrar la dificultad del sujeto para desprenderse de su objeto, lo que termina por incorporarse en cierto sentido en él, lo mismo hizo Maturana Romesín (1997) desde la Biología, considerando también, el avance registrado desde las Ciencias Cognitivas, el Constructivismo y la Cibernética de Segundo Orden.

Desde paradigmas emergentes, como los individualizados anteriormente, se ha cuestionado al modelo positivista -principal protagonista en la investigación educativa en general y de la enseñanza jurídica en particular-, visto como el promotor de una pretendida objetividad y neutralidad investigativa, que tiene como resultante en el aula jurídica, el conocer y reproducir lo que dijo algún teórico validado por la tradición del área, lo que se intenta reproducir con el mayor celo.

El objeto de estudio, desde una visión mecanicista del mundo, ha sido planteado como una colección de objetos, donde cualquier interacción entre ellos, aparece como una relación secundaria. A este objeto, desde los paradigmas clásicos positivistas, se le otorgó la cualidad de ser medible y con el método de descomposición, se permite experimentar y manipularlo (Capra, 1992). Además, su existencia es atómica y autosuficiente, en consecuencia, se conoce mejor cuando se le aísla. Así entonces, la noción de objeto de conocimiento, concebido desde la ciencia clásica, se caracteriza, al mismo tiempo, por estar fuera del sujeto cognoscente, puesto para ser descubierto (Pérez Soto, 1998).

En la praxis de la enseñanza jurídica, siguiendo este patrón, tenemos que el conocimiento jurídico es entregado por un docente que aparece como neutral, no

percibiéndose además, que el contenido transmitido ha sido significado por él. En tal sentido, para este objeto de estudio jurídico, no existe conciencia que es obra de alguien, quien subjetivamente entró normas, principios y autores, de una manera particular. Ante ello, es conveniente sintetizar, que el objeto-contenido que conocen los estudiantes, no es neutral, por el contrario, es una intervención del docente; es su obra, pues lo intervino, se plasmó en él, eligió qué contenido, qué autores, qué tema enfatizar, qué instruir, en síntesis es también una valoración avalada desde una trama de poder -según una noción de Foucault (1993) de éste-, de ahí la significancia política, que está a la base de la praxis de enseñanza jurídica clásica.

Como se aprecia, en la enseñanza tradicional del Derecho, por lo general se sigue asumiendo el objeto de estudio jurídico, desde una visión mecanicista-positivista, caracterizada por enfatizar la fuente formal, por dividir el corpus jurídico en artículos atomizados, y desde ellos, pretender avanzar a dimensiones más complejas, de manera lineal y mecánica. En ese sentido, seguir admitiendo al objeto de conocimiento científico –jurídico-, desde una perspectiva clásica, implica limitar la interacción del estudiante con él, pues lo asume como algo encapsulado, que debe percibir como una cosa que debe memorizar y decir o repetir en una evaluación, de ahí que el sujeto cognoscente, en esta lógica, sea visualizado como un recipiente a ser llenado, siguiendo la analogía de Benfeld Escobar (2016, p. 161), o la de los recipientes vacíos señalados por Coloma Correa (2005, pp. 143-145).

De ahí, que las metodologías se centren en esquematizar contenidos, para que sea fácil recordar, memorizar palabras claves, donde los sentidos como la vista y oído, adquieren un protagonismo relevante. Así entonces, el objeto a conocer, se transforma en un reflejo a digerir, al que hay que acercarse y en lo posible asimilarlo. Esta experiencia es un hábito en la relación social educativa jurídica. Al respecto, Nino (2004, pp. 11-12) desataca que en el Derecho, el sólo preguntarse por lo que es, ya causa escozor. Esto se debe a que en nuestro ámbito, predomina fuertemente la concepción platónica de la relación lenguaje-realidad. De esta forma un concepto debe reflejar una realidad, siendo las palabras una suerte de espejo de aquella objetiva realidad en la que el hombre no puede interferir, sino solo captar lo esencial que, ineludiblemente, debe ser recogido por el concepto.

En este contexto, desde un ideal científico clásico, también el sujeto cognoscente pretende mantener una posición ajena, neutral y distante del objeto a conocer; no lo interviene, sino que lo observa, lo analiza y lo descubre. Desde esa perspectiva, el sujeto no añade nada nuevo a la realidad que indaga, pues sus sensaciones y percepciones se limitan a “reflejar” las propiedades de los objetos indagados (Sotolongo Codina, P. y Delgado Díaz, 2006, pp. 49-50). Esta lógica, llevada al caso del sujeto-científico jurista clásico, asume la legislación como su objeto de estudio; la ordena e interpreta según criterios establecidos, bajo la premisa de eliminar del proceso toda subjetividad, en la configuración del objeto de estudio. Así entonces, la tendencia en el aula es partir de lo dado, de la fuente formal; pues todo lo demás -fuente material, la opinión de la doctrina, etc.- se considera marginal, secundario o accesorio, con lo que se niega el dialogo texto-contexto, objeto de conocimiento dado-dándose (Witker Velásquez, 2016).

Por el contrario, desde nuevos paradigmas emergentes, el objeto social de conocimiento, se le concibe -epistemológicamente- como una construcción, que resulta del desarrollo

de la sociedad, como también, del estado de la investigación (Mejía Navarrete, 2002), lo que lo hace dinámico, relativo y en directa relación con el sujeto cognoscente. En particular, desde paradigma científico de la complejidad y del Pensamiento Complejo, se ha comenzado a admitir que los objetos a conocer, están más interrelacionados de lo que se había considerado. Al respecto, Morin (1986 pp. 117-127) señala que una organización representa la disposición de relaciones entre componentes o individuos que produce una unidad compleja o sistema, y que ello, contiene cualidades desconocidas en el nivel de los componentes o individuos. Así entonces, la conexión/desconexión, vinculación/desvinculación, de artículos, principios o jurisprudencia, adquieren una cualidad según se organicen. Ante lo cual, no da igual partir desde un argumento que valore de tal o cual manera la relación. Relacionar y significar información y argumentos, los convierten en una trama valorada que sólo se comprende desde un aprendizaje profundo, porque permite una posición dinámica con el objeto de conocimiento jurídico. La forma de conocer de un estudiante de Derecho, no podría ser un percibir, sino un concebir -desde una práctica situada y desde un conocimiento previo-.

1.2. La noción de ciencia jurídica como producto; no como actividad y proceso

Un factor relevante, que actúa como límite obstaculizador, en la relación del estudiante con el objeto de estudio jurídico, es la asentada noción de observar la ciencia como producto creado por alguien aislado: un científico, un experto propietario de un saber. En ese sentido, no está valorizado que las ciencias jurídicas, representen la síntesis de una actividad científica de intersubjetividad, desarrollada por comunidades científicas, que además, establecen disputas internas y externas, desarrollan intereses, acuerdos y contradicciones, como también, promueven un proceso de reinención, como manifiesta Coloma Correa (2016).

En estas dinámicas, por cierto que se debaten y coinciden con ciertos consensos y/o paradigmas, lo que devela la dificultad de admitirlos a priori neutrales. De este activo proceso, se van habituando ciertas ordenaciones clasificatorias, familiarizando ciertos autores, repitiendo posiciones doctrinarias que se van consolidando como un corpus que en la mayoría de los casos, es preservado en manuales, naturalizando con ello, algunas posiciones que posteriormente, son enseñadas. Visto así, la ciencia jurídica aparece como producto destinado a ser traspasado, desde un científico-experto, hacia un aprendiz pasivo.

Esta visualización, omite la actividad y proceso implícito de la enseñanza-aprendizaje de la ciencia jurídica, donde convergen diversas dinámicas de las comunidades científica-jurídicas, lo cual no permite además, reconocer el poder que tienen, en la selección del objeto de conocimiento jurídico, antecedente, que de ser conocido y socializado entre los estudiantes, pudiese otorgar una mejor proyección al objeto de estudio jurídico, promoviéndose una apertura dialogante, con cabida para la incorporación de distintas perspectivas, cosmovisiones y paradigmas.

Lo cierto, es que en general, la concepción de la ciencia como producto, ha venido siendo resistida y discutida, desde los paradigmas emergentes. En concreto, desde la década del sesenta del siglo pasado, esta concepción, de manera acumulativa, ha entrado en discusión, principalmente, a partir de epistemólogos que han venido a demostrar la importancia de las comunidades científicas en la producción del

conocimiento científico. Entre los clásicos ya en estas materias está Kuhn (1998), a través de la explicación de paradigmas y revoluciones científicas y Lakatos (1993) con la explicación de los Programas de Investigación. Ante esta apertura ya se han incorporado investigaciones que estudian sus dinámicas teóricas e ideológicas (Casas Guerrero, 1980), en lo cual, por cierto, que la ciencia jurídica está al debe.

2. ¿Qué se está enseñando como objeto de conocimiento jurídico; cuáles son las representaciones que se tienen sobre éste, que limita un diálogo activo con él?

Cuando el objeto educativo es la ciencia -en este caso ciencias jurídicas-, se hace necesario indagar cuáles son las representaciones comunes que tienen los docentes sobre la ciencia, y que causa desmotivación, poca participación y una desvinculación del estudiante con el objeto de estudio jurídico. Al respecto, Jorge Molina (2009) ha distinguido algunas de estas representaciones, partiendo por establecer que los docentes, tienen por representación a una ciencia que descubre realidad, lo que trae aparejado una noción de la verdad, que por cierto, viene a avalar todo lo que implica el desarrollo teórico, que le permite al investigador clasificar, ordenar y nombrar, por ejemplo, las normas jurídicas. En razón de lo anterior, surge la pretensión que las ideologías y creencias, no afectan el conocimiento, porque en principio, debiera ser igualmente visto por todos quienes realizan ciencia y siguen su método.

El mismo autor, plantea la representación que establece a la ciencia, como la que investiga y descubre leyes, dado que al estar la realidad entregada al descubrimiento científico, como lo está un organismo vivo para un biólogo, o un psicótico para un psicólogo, se comprende como un “algo” objetivo, generalizado como válido, y con cierto grado de independencia de debates contingentes, lo que para las ciencias jurídicas será el conjunto de normas jurídicas. En esa misma línea, aparece la ciencia como acumulativa y lineal, al ser realizada por individuos que van descubriendo la realidad, se va acumulando conocimiento como una suma, pero no en saltos ni en rupturas de paradigmas; no se reconoce la intervención de las comunidades científicas, ni recursividad, caos e incertidumbres en los objetos de estudio, ni en el proceso de construirlos.

En este sentido, en el ámbito jurídico, resulta paradigmático el caso de la Política Criminal y sus dificultades para emanciparse como un área especial de conocimiento de las Ciencias Penales. Pues bien, visto desde la plataforma que aquí se propone, resulta sugestiva una perspectiva rizomática (Deleuze, G. y Guattari, 2002, pp. 11-29) como base epistemológica desde donde sustentarse para observar y analizar la Política criminal. Así, no se trataría sólo de una panorámica multidisciplinaria, sino de un cambio de paradigma en la forma de entender el conocimiento, es decir la ciencia. De esta manera, ya no desde una visión arbórea, sino precisamente desde su antípoda, con una percepción no fundacional, puede entenderse mejor el funcionamiento de una Política criminal donde las fronteras de las ciencias que la conforman, antes que separarlas, las une. De este modo, el funcionamiento del sistema político criminal no dependería de un centro desde el cual se ramifiquen otros conocimientos subsidiarios, evitando así la superioridad de una disciplina en desmedro de las otras, y provocando que la elaboración del conocimiento surja simultáneamente desde todos los puntos, bajo la influencia recíproca de las distintas observaciones y conceptualizaciones. Desde una

visión tradicional lo plantado desborda los márgenes de su epistemología. De dicha manera se entiende, que desde una plataforma convencional, antes que poder formularse una teoría apenas se deje constancia de un asombro (Cardozo Pozo, 2009).

Molina (2009), afirma también en este sentido, que 1) el conocimiento se transforma en producto, donde se construye una representación realista de él, 2) la experiencia se transforma en la base del conocimiento, el sujeto cognoscente queda subordinado al registro perceptual, dejando fuera la creatividad, reflexión, 3) la observación como base de la actitud científica, dejando fuera las ideologías, valores, en definitiva, la subjetividad.

Lo anterior, para la formación del abogado, implica un abandono de la práctica reflexiva, dificultando con ello, habilidades para crear casos o estrategias jurídicas. Esta pasividad que se reproduce como hábito educativo y que porta muchas veces el estudiante, no permite que el profesor se disponga a proporcionar herramientas, que le permitan organizar y discriminar información, interpretar y construirla –¿para qué?-. Esto, en cualquier ámbito educativo, donde está comprometida una ciencia, es necesario que al menos, sea revisada, más aún, en las ciencias jurídicas, en tanto, adquieren una connotación especial, por su relación con el poder.

La relación que se da entonces, entre el estudiante y el saber jurídico es distante, y su representación es realista como señala el autor. Lo anterior, provoca que para el proceso de enseñanza-aprendizaje, adquiera relevancia la percepción sensorial por sobre la reflexión, para la adquisición de conocimiento. Con esta concepción epistemológica, que está a la base del saber jurídico, como corpus del docente, se eluden, como advierte Aznar Minguet (1992), las reflexiones sobre el qué es, el por qué o para qué del conocimiento, como parte de un pensamiento cuestionador. Por el contrario, se da una *adequatio intellectus et rei*, es decir, una convicción que la verdad corresponde a la realidad, y donde no existe intervención, ni significación del interprete, sino más bien un reflejo. Molina (2009), por su parte, ante la representación que transmiten los docentes y que profundiza la neutralidad, propone una enseñanza de la ciencia con narrativa, que la presente con los significados construidos socialmente, con sentido y contexto.

3. Existe una subvaloración de la riqueza relacional del conocimiento

Enseñar ciencia tiene su particularidad, pues representa un proceso sintetizado que se compone de tramas categoriales, de entramados teórico-empíricos, de paradigmas científicos, etc. Razón por la cual, se requiere de un proceso de aprendizaje no conductista, es decir, no tiene que ver con desarrollar respuestas a ciertos estímulos -lo que en la educación del Derecho sería sentarse en un examen y repetir palabras de corrido ante la pregunta de un docente -, sino, por el contrario, la praxis de la enseñanza-aprendizaje jurídica, se relaciona con el desarrollo de procesos, que implique una relación dialógica y mediada entre el sujeto y objeto de conocimiento, desde la cual, la verdad científica ya no sea considerada un producto dado, sino contextualizado. No se da un saber por correspondencia con el objeto investigado, sino un proceso de construcción práctica, lo que implica descartar la existencia per se de la verdad, como señala Gallego Badillo (1996, p. 264).

Pertinente a esta fundamentación, es el aporte de Sotolongo Codina y Delgado Díaz (2006, p. 56), quienes afirman la existencia de un proceso cognitivo que transcurre inmerso en una inter-subjetividad, dado que no existen “robinsones” cognitivos, pues cuando se investiga, se asume lo que dijo tal o cual colega, autor, teoría y/o posiciones de otros. Al mismo tiempo, se da una inter-objetividad, donde investigar un objeto, implica que nunca se puede aislar; por el contrario, ese objeto es en su articulación, es con múltiples otros objetos del mundo social -jurídico-. Es decir, una investigación científica -el qué enseñar y por ende, con qué dialogar- se da como un proceso de intersubjetividad e interobjetividad, pues “... la construcción del mundo, tiene lugar, no dentro de la mente del observador, sino en las formas de relación” (Molina, 2012, p. 380). Esta verdad construida por consenso intersubjetivo, como verdad contextual, valida no sólo el sentido pedagógico de reconocer la importancia de las ideas previas que traen los estudiantes, y que contribuye al proceso de enseñar la ciencia, como lo han demostrado investigaciones (Monroy Nasr, León Sánchez y Álvarez Díaz de León, 2012) y en particular el Derecho, como lo establecen Fairstein, Scavino, Frontini, Torre, Duhalde y Potenze (2014), sino también, convoca estudiantes interactuantes, y para aprender a serlo. Así, la educación como metáfora de la vida, tiene mucho que hacer en el logro de un saber integral incluyente en la búsqueda de la verdad (Pupo Pupo, 2014).

Entonces, no admitir la dinámica relacional, que porta el conocimiento y, por ende los objetos de conocimiento, con los que debe interactuar un estudiante de Derecho, implica un reduccionismo, que afecta cualquier proceso pedagógico, que tenga a la ciencia como objeto de conocimiento educativo. De ahí surgen interrogantes insoslayables a considerar: ¿se estará dimensionado, para la enseñanza del Derecho, la complejidad del objeto de conocimiento jurídico como algo dinámico y contextualizado?; ¿los sujetos involucrados, tanto docentes como estudiantes, se encuentran habilitados para dialogar con la ciencia jurídica, como conocimiento en construcción?

En definitiva, se observan límites epistemológicos, pedagógicos e incluso políticos que limitan la interacción del estudiante de Derecho con el objeto de su conocimiento (Kennedy, 2012, p. 110). Por lo tanto, promover un acercamiento de las partes, requiere replantearse el ámbito unidireccional educativo, hacia una interacción participativa. A ello, se debe abocar esfuerzos pedagógicos e incentivar la toma de posición en las dimensiones científicas.

4. Poca claridad sobre la composición del objeto de conocimiento educativo jurídico –el qué enseñar-

Hemos señalado anteriormente, que el objeto de estudio de la ciencia jurídica, está constituido por tramas categoriales que requieren, para su comprensión, que los estudiantes desarrollen un pensamiento que les permita interactuar con ellas, pero que al mismo tiempo, logren desarrollar una comprensión profunda de sus significados e implicancias contextualizadas. En ese sentido, Carretero Rodríguez (2000, pp. 97-98) advierte que el conocimiento científico posee algunas diferencias respecto del conocimiento cotidiano y que a la luz de la composición del objeto de conocimiento educativo jurídico, es sugerente conocer. A saber, el autor señala que acercarse al conocimiento científico, obliga tener un alto nivel de abstracción, pues los conceptos científicos no siempre tienen un referente concreto en la realidad cotidiana y por lo tanto, no se pueden percibir directamente. Esta observación del autor, permite com-

prender por ejemplo, la dificultad que se tiene para comprender la nulidad como sanción jurídica, la verdad formal, o que se debata si los animales son cosa mueble o sujetos de Derecho.

Carretero Rodríguez (2000, pp. 97-98) también señala que el conocimiento científico, posee una estructuración de los conceptos en forma de teoría, ya que éste utiliza nociones que sólo adquieren sentido en el entramado de teorías estructuradas; por ejemplo, el injusto en la teoría del delito, el acto jurídico, categorías como propiedad, familia, hijos, derechos subjetivos por ilustrar algunos. Además, señala el autor, que en el conocimiento científico, los contenidos son contrarios a la intuición cotidiana, pues en muchas ocasiones, la ciencia plantea teorías que se oponen a nuestras experiencias; en el caso de las ciencias jurídicas, podría resultar la absolución del homicidio de una persona que dio muerte a otra, sólo por vicios procesales².

Tras lo revisado, es conveniente considerar, que el estudiante de Derecho debe tener las herramientas cognitivas y relacionales para navegar en este mar, a veces turbulento, de categorías, significantes y significados. Poseer además, una movilidad

2 N. R. Los ejemplos jurídicos son de los autores.

entre un pensamiento abstracto/ concreto, común/científico. De ahí entonces, que para que exista claridad sobre la composición del objeto de conocimiento educativo jurídico, vale decir, que el docente entienda el qué enseñar, y el estudiante el qué aprender, se debe desarrollar un contexto educativo, con capacidad dialógica, que permita comprender los fundamentos epistemológicos y políticos de las ciencias jurídicas.

Agradecimientos

Este artículo contiene resultados de un proyecto de investigación interno de la Universidad de Atacama de Chile (DIUDA), denominada “Cambios epistemológicos y acercamientos disciplinarios en un proceso educativo”. Y de estudios realizadas por el Programa para la Enseñanza Integral del Derecho PEID-UDA.

CONCLUSIONES

Como hemos señalado, las ciencias jurídicas no corresponden a una verdad encapsulada, sino una trama compleja de relaciones categoriales, significados y valoraciones, lo que produce que sus interacciones no sólo representen conexiones lógicas y fundadas, sino además, connotaciones ideológicas y/o cosmovisivas. Si ello, es advertido por los actores educativos en el contexto de aula, como una disposición especial para fortalecer una comprensión crítica, abre espacios para desarrollar una relación intersubjetiva con el contenido jurídico, lo que traería implícito, una metacognición, es decir, una autorregulación del pensamiento, o un conocimiento sobre los propios procesos y productos cognitivos, o cualquier otro asunto relacionado con ellos, como son los factores motivacionales, lo que se reconoce como aprender a aprender, saber qué se debe corregir, cuáles son los límites y cómo mejorarlos (Campanario Largero, 2000).

Así entonces, el desafío que se propone para romper los límites obstaculizadores, entre el estudiante de Derecho y el contenido jurídico, entendido como su objeto de

conocimiento educativo, implica comenzar a transformar el ámbito de las relaciones sociales educativas en el aula de las ciencias jurídicas, de tal manera, que el aprendizaje, sea un proceso de diálogo consciente de intersubjetividades, contando no sólo docentes-estudiantes-estudiantes-docentes, sino también con los autores que participan por escrito y con teorías, que representan posiciones o síntesis de controversias al interior de las comunidades científicas, con manifestación de posiciones e intereses. Y donde todo objeto es dinámico organizado y organizable de conocimiento educativo jurídico como interobjetividad; no son piezas, átomos, artículos aislables, sino entramados complejos.

Para que el futuro profesional logre desarrollar conocimientos que le permitan tener movilidad y pueda administrarlos según el contexto, su requerimiento y

principios, deben dilucidar en su proceso de formación formal, la mayor parte de las interrogantes que se generan desde el saber jurídico; qué se conoce, cómo y para qué (Gómez Francisco, 2014). Los sujetos cognoscentes, no deberían seguir relacionándose con el contenido de su aprendizaje, como si fueran objetos acabados y perceptibles por los sentidos. Por el contrario, deben aprender a relacionarse con él, teniendo claro que es un objeto relacional, tanto en su origen intersubjetivo y en su composición entramada de teorías, categorías e intereses. Para ello, se debe promover un contexto intersubjetivo de aprendizaje activo, el desarrollo de un pensamiento abstracto capaz de dialogar con tramas categoriales y con una ciencia no neutral. Con esto, se promueve un aula democrática, donde los sujetos dialoguen con un objeto de estudio que no se representa como una verdad reflejada, sino por el contrario, un construible dinámico. Todo sobre la base de un proceso psicopedagógico orientado a crear escenarios posibles, para que la relación docentes-estudiantes-estudiantes-docentes, se transforme en un diálogo práctico, una intersubjetividad contextualizada.

De ahí, que el objeto de estudio no debe ser entendido intuitivamente en correspondencia con la realidad, sino, como una creación científica, lo que exige articulación de argumento, fundamentos, creatividad y estrategia, lo que implica dejar de lado metodologías lineales y mecanicistas, que propician aulas jurídicas atomizadas, donde el conocimiento es entendido como un algo cosificado; un producto a entregarse y/o recibir. Por el contrario, se debe dar paso a estrategias de aprendizaje, que permitan el movimiento recursivo del pensamiento y conectadoras de categorías y significaciones; propiciadoras de procesos de construcción e indagación científica, donde converjan el texto y contexto, con un objeto de estudio dado y dándose.

Lo anterior, implica eliminar la neutralidad y objetividad del objeto de estudio, ya que en el dinamismo dialógico de la praxis jurídica, existe presencia de contingencia, paradigmas emergentes, comunidades científicas y valoraciones. Entender ello, es preparar al futuro abogado, para interactuar con la creatividad, las emergencias e incertidumbres; para lidiar con la verdad-poder, que implica comenzar a deconstruir la dualidad sujeto-objeto, los contenidos jurídicos estancos, objetuales y neutrales, y por cierto, las concepciones epistemológicas, que no admitan objetos relacionales complejos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Souto, M. (2012). Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el Derecho Penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas. *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, (5), 87-104. Recuperado de <https://bit.ly/2qVCw6u>
- Aznar Minguet, P. (Coord.). (1992). *Constructivismo y educación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Beas Franco, J., Manterola, Pacheco M., y Santa Cruz Valenzuela, J. (1998). Habilidades cognitivas y objetivos transversales: un tema para pensar y actuar. *Pensamiento Educativo*. 22(1), 175-192. Recuperado de <https://bit.ly/2rP9kyr>
- Becerra Valdivia, K. y Salas Salazar, C. (2015). Sistema metodológico integral del aprendizaje del derecho constitucional a partir de la vivencia: una red de estrategias didácticas. *Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho*, 2(1), 68-82. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2015.36682>.
- Benfeld Escobar, J. (2016). La discusión sobre la enseñanza del Derecho en Chile dentro del nuevo paradigma universitario: una tarea pendiente. *Revista de Derecho (Coquimbo)*. En línea, 23(1), 143-171. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532016000100007>.
- Campanario Larguero, J. (2000). El desarrollo de la metacognición en el aprendizaje de las ciencias: estrategias para el profesor y actividades orientadas al alumno. *Revista enseñanza de las ciencias*, 3(18), 369-380. Recuperado de <https://bit.ly/2qg7YMD>
- Capra, F. (1992). *El punto crucial*. Buenos Aires: Troquel.
- Cardozo Pozo, R. (2009). *Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial (especialmente sobre el artículo 379 del código penal)* (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://bit.ly/33OzfUU>
- Carretero Rodríguez, M. (2009). *Constructivismo y educación*. Buenos Aires: Paidós.
- Casas Guerrero, R. (1980). La idea de comunidad científica: su significado teórico y su contenido ideológico. *Revista mexicana de sociología*, 42(3), 1217-1230. <https://doi.org/10.2307/3539999>.
- Colmo, A. (2011). Sobre didáctica del derecho civil. *Academia* (Buenos Aires), 9(17), 115-145. Recuperado de <https://bit.ly/2q79IrH>
- Coloma Correa, R. (2005). El ocaso del profesor Binns. Un ensayo acerca de la enseñanza del derecho en Chile. *Ius et praxis*, 11(1), 133-172. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000100006>.
- Coloma Correa, R. (2016). Las disciplinas jurídicas y su reinención. *Ius et praxis*, 22(2), 253-298. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000200009>.

- Deleuze, G. y Guattari, F. (2002). *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. (J. Pérez Vázquez y U. Larraceta, Trads.) (5a ed.). Valencia: Pre-Textos.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. (T. Arijón y G. Moro, Trads.). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Elgueta Rosas, M. y Palma González, E. (2014). Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la facultad de derecho. *Revista chilena de derecho*, 41(3), 907-924. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372014000300006>.
- Fairstein, G., Scavino, C., Frontini, P., Torre, V., Duhalde, M. y Potenze, M. (2014). La construcción del conocimiento en ciencias jurídicas y su valor para la enseñanza. *Academia* (Buenos Aires), 12(23), 181-190. Recuperado de <https://bit.ly/33Rz3Ey>
- Fasce Henry, E. (2007). Aprendizaje profundo y superficial. Tendencias y perspectivas. *Revista de educación en ciencia salud*, 4(1), 7-8. Recuperado de <https://bit.ly/2qUm32o>
- Freire, P. (2012). *Pedagogía del oprimido*. (J. Mellado, Trad.) (2a ed.). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1993). *Microfísica del poder* (J. Varela y F. Alvarez-Uría, Trads.) (2a ed.). Madrid: La Piqueta. Recuperado de <https://bit.ly/373HkqZ>
- Gallego Badillo, R. (1996). *Discurso sobre el constructivismo*. Bogotá: Magisterio.
- Gómez Francisco, T. (2014). Paradigmas emergentes y crisis en la educación del derecho: algo más que didácticas. *Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho*, 1(1), 58-71. Recuperado de <https://bit.ly/2NPWWGJ>
- Gómez Francisco, T. (2010). La dualidad sujeto-objeto y sus repercusiones en el derecho. *Frónesis*, 17(1), 69-84. Recuperado de <https://bit.ly/2QkMg4C>
- Heisenberg, W. (1976). *La imagen de la naturaleza en la física actual* (A. Ferraté, Trad.). Barcelona: Ariel.
- Holgado Sáez, C. (2013). Derecho y cine del genocidio: 7 títulos contemporáneos (2001-2011) para la docencia presencial del derecho penal e internacional público. *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, (8), 99-116. Recuperado de <https://bit.ly/379wMqo>
- Íñigo Corroza, E. y Sánchez-Ostiz Gutierrez, P. (2014). Sobre el uso del método inductivo en la enseñanza del derecho penal, *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, (9), 9-22. Recuperado de <https://bit.ly/2Ks9AtH>
- Kuhn, T. (1998). *¿Qué son las Revoluciones científicas?* (J. Romo Feito, Trad.). Barcelona: Altaya.

- Lazo González, P. (2011). Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas. *Ius et praxis*, 17(1), 249-262. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122011000100011>.
- Lakatos, I. (1993). *La metodología de los programas de investigación científica* (J. Zapa-tero, Trad.). Madrid: Alianza.
- Maturana Romesín, H. (1997). *La objetividad. Un argumento para obligar*. Santiago: Dolmen.
- Mejía Navarrete, J. (2002). *Perspectiva de la investigación social de segundo orden*. Cinta de Moebio. (14), 200-225. Recuperado de <https://bit.ly/2QmZ9v9>
- Molina J. (2009). La ciencia como Narrativa y su enseñanza. En Z. Monroy Nasr y R. León Sánchez (Eds.), *Epistemología, psicología y enseñanza de la ciencia* (pp. 225-234), México, DF: UNAM.
- Molina, J. (2012). Explicación de cómo se adquiere el conocimiento y sus implicaciones para la enseñanza de la ciencia. En Z. Monroy Nasr, R. León Sánchez y G. Álvarez Díaz de León (Eds.), *Enseñanza de la ciencia* (pp. 371-380). México DF: UNAM.
- Monroy Nasr, Z., León Sánchez, R. y Álvarez Díaz de León, G. (Eds.). (2012). *Enseñanza de la ciencia*. México, DF: UNAM.
- Morin, E. (1986). *El método 1: La naturaleza de la naturaleza*. (A. Sánchez y D. Sánchez García, Trads.) (2a ed.). Madrid: Cátedra.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Campos, A. (2012). Metodología para la enseñanza del derecho del trabajo y de la seguridad social en el espacio europeo de educación superior. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (45), 155-176. Recuperado de <https://bit.ly/37d5jnJ>
- Pérez Soto, C. (1998). *Sobre un concepto histórico de ciencia*. Santiago: LOM.
- Prayones, E. (2006). Las reformas en la Facultad de derecho método de estudio y enseñanza del derecho civil. *Academia*, 4(7), 293-322. Recuperado de <https://bit.ly/37fcVG3>
- Pupo Pupo, R. (2014). La verdad como eterno problema filosófico. En su *Filosofía, educación cultura y pluralidad discursiva ensayística (Hacia una visión cultural y compleja del saber)*. Tepic, Nayarit: ISIC. Recuperado de <https://bit.ly/2QqwLYV>
- Ríos Corbacho, J. (2012). Sobre la metodología y herramientas en la enseñanza del moderno derecho penal. *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, (6), 55-80. Recuperado de <https://bit.ly/359PSL3>

- Salas Silva, R. (1998). Enfoques de aprendizaje entre estudiantes universitarios. *Estudios pedagógicos* (Valdivia), (24), 59-78. <https://doi.org/10.4067/S0718-07051998000100005>.
- Scheechler Corona, C. (2012). Uso de casos como recurso didáctico y formación por competencias en derecho penal. En *Actas del primer congreso nacional de pedagogía universitaria y didáctica del derecho* (pp. 271–290). Santiago: Universidad de Chile.
- Sotolongo Codina, P. y Delgado Díaz, C. (2006). La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo. Buenos Aires: CLACSO. Recuperado de <https://bit.ly/2KsAVfe>
- Valenzuela Carreño, J. (2008). Habilidades de pensamiento y aprendizaje profundo. *Revista iberoamericana de educación*, 46(7), 1-9. Recuperado de <http://bit.ly/2CMLxGm>
- Witker Velásquez, J. (2016). Los derechos humanos: nuevo escenario de la investigación jurídica. En E. Cáceres Nieto (Coord.). *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (Vol. 2, pp. 423–438). México, DF: UNAM. Recuperado de <https://bit.ly/2r0Azp4>



Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado

Private-to-private corruption: harmfulness of the conduct and consequences of its criminalization according to a comparative criminal law analysis

Oswaldo Artaza Varela
oartaza@utalca.cl

RESUMEN:

Se pretende abordar el fenómeno de la criminalización de la corrupción entre particulares, proponiendo tener en cuenta una serie de distinciones, que se extraen del análisis del ámbito comparado, relativas a los fundamentos de la criminalización, esto es, al problema de los bienes jurídicos que se podrían proteger a través de esta figura y a la constatación de una serie de problemas interpretativos que podrían presentar como producto de la fórmula escogida por el legislador para su tipificación. En este sentido se pretende dar cuenta de una serie de dificultades, asociadas a su criminalización, relacionadas con la posibilidad de generación de malos entendidos que podrían disminuir la aplicación correcta del precepto de cara a los intereses que se pretenden proteger.

Palabras Clave: Corrupción en los negocios; Soborno; Competencia leal; Difuminación entre el sector público y privado.

ABSTRACT:

The phenomenon of criminalization of corruption in the private sector by considering a series of distinctions, detected in a comparative criminal law analysis, regarding the justification of its criminalization: the problem of the legal interests that may be protected through this crime. But also, by identifying a series of interpretative problems that may present as an outcome of the specific criminalization formula adopted by the legislator. In this sense, it is pretended to account for a series of difficulties associated to its criminalization, related to the possibility of emergence of some misunderstandings that may diminish the correct application of the crime, especially considering the legal interests that it pretends to protect.

Keywords: Business corruption; Bribery; Fair competition; Erosion (blurring) of the private and public sector division.

INTRODUCCIÓN

La corrupción, como forma de agresión, puede afectar bienes jurídicos muy diversos (Kindhäuser, 2007, p. 2). Esto es, presenta una evidente naturaleza pluriofensiva, tal como lo reflejan los diversos instrumentos internacionales cuyo propósito es que en el ámbito global se adopten medidas de distinta índole para enfrentar este fenómeno¹. Como ya se ha advertido, existe mayor conciencia en la actualidad acerca de que esta clase de conductas no solo puede socavar las bases de la democracia y afectar la confianza en las instituciones públicas por parte de la ciudadanía, sino que también puede poner en juego reglas fundamentales en el ámbito económico, especialmente aquellas dirigidas a proteger la competencia leal, ya sea en el ámbito local o en las transacciones económicas internacionales². Por lo mismo, no extraña la tendencia actual en el ámbito comparado de ir introduciendo en forma sucesiva varias modificaciones legislativas con el propósito de modernizar sus mecanismos jurídicos para la prevención y lucha contra la corrupción y así reaccionar en forma más eficiente a tal naturaleza pluriofensiva (Kindhäuser, 2007, p. 11).

En este sentido, resulta especialmente relevante el reconocimiento de la potencialidad lesiva que presentaría la corrupción efectuada en el marco de relaciones llevadas a cabo exclusivamente entre particulares, lo que se refleja, incluso, en que instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2014), a través de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas en su artículo 21, recomienden la tipificación de lo que denominan como “soborno en el sector privado”, esto es, “la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”(p. 20). A su vez, se propone, en este instrumento, la tipificación de la solicitud o aceptación de beneficios indebidos, en los mismos términos que en el caso anterior, efectuada por una persona que dirija una entidad del sector privado.

No obstante lo anterior, la doctrina ha advertido que pese a la conciencia que existe acerca de la lesividad de esta conducta, la realidad comparada demostraría que la reacción frente a este fenómeno es muy desigual, principalmente por el hecho de que no todos los ordenamientos jurídicos que criminalizan la corrupción en el ámbito público, esto es, cuando el sobornado es un representante del Estado, han adoptado medidas equivalentes para reaccionar frente a los casos en que resulta sobornado un representante de una institución privada³.

1 Al respecto, en detalle, Carnevali Rodríguez y Artaza Varela (2016, pp. 60 y ss.).

2 Por tal razón, por ejemplo, se criminaliza en nuestro país, el delito de cohecho a funcionario público extranjero en los artículos 251 bis y ter del código penal. En relación con este problema ver, Oliver (2003, pp. 42-44). En un sentido similar, Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 508); Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2008, pp. 355-357). En contra, Fabián Caparros (2010, p. 78). 3 Clark (2013, p. 2286). Boles (2014, p. 684).

Tal tratamiento desigual ha sido criticado debido a que ambas formas de corrupción serían delitos funcionalmente equivalentes y, además, ambas afectarían tanto intereses públicos como privados y, por lo mismo, ambas conductas debieran ser entendidas como un mismo delito, solo que perpetuado en contextos diferentes.

También se ha puesto en duda que la corrupción en el ámbito público sea más grave que la que se presenta exclusivamente en el sector privado y resultaría erróneo diferenciar entre ambas por el solo hecho que en un caso intervenga un funcionario público y el otro, no (Boles, 2014, pp. 688 y ss.). Pese a tal diferencia estructural, las similitudes que tendrían entre ambas serían mucho más relevantes para abogar por un trato equivalente, que la importancia que tendría tal diferencia para justificar el trato disímil (Boles, 2014, p. 689). En ambas situaciones nos enfrentaríamos a casos de venta de aquello que nuestra sociedad considera que no puede ser puesto legítimamente en venta (Boles, 2014, p.691).

Sin perjuicio de lo anterior, presentarían en común, en primer lugar, que en los dos casos se estaría frente a una violación de deberes fiduciarios que se deben ya sea en el sector público como en el sector privado y, en segundo lugar, que los dos implicarían necesariamente la traición a una posición de confianza. Tal punto de partida resulta correcto, ya que como señala Kindhäuser (2007, p. 6), la corrupción como forma de agresión se caracterizaría por consistir en un abuso de un poder decisorio transferido, por tanto, en el ámbito de la corrupción en el sector público efectivamente el sobornado termina actuando en contra de los intereses de quien debe representar, es decir, el Estado, y para el caso de la corrupción entre particulares, el sobornado termina actuando en contra de los intereses del principal al cual representa (Boles, 2014, pp. 678-680)⁴.

Pero, además, al actuar el sobornado en forma incompatible a los intereses de su representado está privilegiando intereses ajenos o personales a los que debe representar. Como tales intereses resultan incompatibles con los del principal, se explica que la corrupción se asimile a una traición a tal posición de confianza. En forma similar Green (201, p. 56) ha sostenido que aceptar un soborno implicaría, en el fondo, el abuso de una posición para la obtención de ventajas personales⁵. El sobornado, al momento de decidir potenciar los intereses de quien representa e intereses ajenos a este último, opta por privilegiar intereses diversos a los que debe cumplir en razón a su posición. Es evidente que tal circunstancia se puede presentar tanto en el ámbito de la representación de intereses estatales como meramente privados.

⁴ Para el cual el funcionario público está sujeto a deberes fiduciarios para con los ciudadanos con el propósito de desarrollar su función en pos del bienestar de todos. Con todo, esta postura presenta en común con la acá seguida el hecho de reconocer que a través de la corrupción se desvirtúa o se pone en tela de juicio determinadas pautas de comportamiento que derivan de la representación de intereses que lleva a cabo el sobornado. Al respecto (Artaza Varela, 2016, pp. 307-339, 322 y ss.), que al menos en Chile, este problema se ha vinculado con el del sujeto activo en el delito de cohecho y con la exigencia de actuación en nombre del Estado, como se desprende de nuestra jurisprudencia y la interpretación del art. 260 del código penal.

5 Sostiene que en ambas formas de corrupción se terminaría logrando que quien debe tomar decisiones no quiera o no pueda determinar qué debe hacer en beneficio de su principal.

En este sentido, y tomando en cuenta que tal discusión es de plena actualidad, resulta útil abordar algunos problemas relativos a la necesidad de criminalizar lo que se conoce como corrupción entre particulares y cómo parece conveniente hacerlo, con el objeto de propender a que una eventual modificación del Código penal chileno de cuenta de la complejidad del fenómeno analizado.

Como se podrá apreciar, la corrupción entre particulares puede afectar intereses diversos dependiendo de si se presenta en el desarrollo de actividades de significación pública o no, es decir, cuando se efectúe en el marco de una actividad económica de interés exclusivamente privado. En el primero de los casos, los intereses en juego serían del todo equivalentes a los protegidos por el delito de cohecho, mientras que, en los segundos, el asunto se complejizaría bastante, ya que no resulta tan sencillo determinar cuáles son los intereses que debieran ser considerados dignos de protección por parte del Derecho penal. Como se podrá observar, se suelen confundir intereses dignos de protección con la forma como estos intereses son afectados, es decir, el bien jurídico con la modalidad de ataque específica que se criminaliza. Este problema no solo se refleja en la discusión relativa a los intereses que se ven afectados, sino también en la interpretación de los respectivos penales y los bienes jurídicos efectivamente protegidos por éstos.

El propósito del siguiente apartado es analizar brevemente el problema de la determinación de los intereses que podrían ser entendidos como dignos de protec-

6 Es importante considerar que nuestro país no ha sido ajeno a esta tendencia ya descrita y, por lo mismo, ya existen iniciativas que promueven la criminalización de esta conducta. El texto que en definitiva aprueba la Cámara de Diputados (2018), en el marco de la discusión del “Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código penal relativas a delitos funcionarios” es el siguiente:

“§7 bis. De la Corrupción entre particulares.

Artículo 287 bis.- El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para favorecer, o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.

Artículo 287 ter.- Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, ofreciere o aceptare dar a un empleado o mandatario un beneficio económico, para sí o un tercero, para que favorezca, o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro.”

Tal iniciativa no solo contemplaría esta figura para hacer frente a los casos de corrupción cuando el sobornado es un particular y no un representante del Estado, sino que también se ha propuesto incorporar, a través de un nuevo tipo penal (250 ter), un delito similar pero efectuado en el contexto de actividades que presentan una fuerte dimensión pública:

“Artículo 250 ter. El particular que en su desempeño en una persona jurídica cuyo objeto sea la provisión de bienes o servicios públicos tales como educación, salud, infraestructura, servicios básicos u otros de utilidad pública, solicitare o aceptare recibir de un particular un beneficio económico para sí o un tercero para ejercer o por haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en cualquiera de sus grados y multa del tanto al cuádruple del provecho solicitado o aceptado.

El que ofreciere o consintiere en dar un beneficio económico al particular que se desempeña en la persona jurídica referida en el inciso precedente, en provecho de éste o de un tercero, para que ejerza o por haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario, será castigado según lo dispuesto en el artículo 250.

A los condenados por los delitos previstos en este artículo se les aplicará además la prohibición establecida en el artículo 35 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas”.

1. Los intereses que pueden verse afectados por la corrupción entre particulares

1.1. Equivalencia lesiva entre la corrupción pública y la privada en casos de difuminación de funciones

En primer lugar, conviene tener en cuenta que cuando se habla de la potencialidad lesiva de la corrupción entre particulares se puede estar poniendo el énfasis en aspectos muy diversos. Así, por ejemplo, una de las razones que podrían justificar la criminalización de la corrupción entre particulares estaría dada por la necesidad de expandir la protección de los intereses que comúnmente se entienden protegidos o amparados a través de la prohibición de la corrupción en el sector público, ya que en la actualidad sería aparentemente difícil o imposible delimitar adecuadamente qué es aquello que corresponde a la esfera pública y, por el contrario, aquello que es estrictamente privado, por lo que ciertos intereses que pueden verse afectados por la corrupción en el marco del trato con funcionarios públicos también podrían verse afectados cuando se lleva a cabo entre particulares. Como señala Encinar del Pozo, en la actualidad “las funciones públicas y privadas se han desdibujado” (Encinar del

7 Si bien es cierto se debe distinguir entre la ratio legis y el bien jurídico efectivamente protegido por los tipos penales en particular, lo que se pretende acá es identificar exclusivamente intereses que puedan ser objeto de protección a través de la criminalización de tales conductas a través de la observación de las razones que avalan la criminalización de esta conducta en cierta experiencia comparada, con el propósito de efectuar distinciones que puedan ser de relevancia para la toma de decisiones en el ámbito político criminal. A su vez se pretende detectar dificultades, asociadas a la forma como han sido tipificadas estas conductas, que puedan dificultar la consecución de la protección de tales intereses. En este sentido, me interesa acá el problema de la detección de criterios para propender a la “racionalidad instrumental” de las decisiones del legislador, entendiendo por ésta el proceso de valoración de la actividad del legislador que centra su atención en la idoneidad de la misma para el logro de los objetivos que pretende alcanzar. Al respecto, fundamental, Paredes Castañón (2013, p. 340). Ver también, Diez Ripollés (2003, p. 96), desde lo que define como “irracionalidad pragmática”. Para esto se hará uso, en primer lugar, del método descriptivo, específicamente de dos opciones para la criminalización de la corrupción

entre particulares, la del Reino Unido y la de España debido a lo sintomáticos que resultan para identificar ciertos problemas que podrían derivar de la introducción de este delito en nuestro ordenamiento jurídico. Con lo anterior se quiere clarificar, a su vez, que no se pretende efectuar un análisis exhaustivo de esta clase de delitos en el ámbito comparado, labor que excede las posibilidades de un artículo, y me concentraré en la detección de dificultades relativas a su criminalización a través de la observación, exclusivamente para fines analíticos, de la realidad de los ordenamientos jurídicos ya enunciados.

Pozo, 2016, p. 100), por lo que no podría negarse que una serie de decisiones y actuaciones provenientes del sector privado pueden tener un fuerte impacto en la ciudadanía y ya no podría sostenerse que la corrupción en el marco de las relaciones entre particulares es un asunto meramente privado, sino que, por el contrario, se reconoce que las decisiones corruptas de los empleados de una compañía privada no necesariamente son menos dañinas para la colectividad que “las decisiones corruptas de los funcionarios públicos” (Encinar del Pozo, 2016, p. 101).

Un buen ejemplo de tal punto de partida para decidir criminalizar tales actos, es decir, del reconocimiento de que la corrupción entre particulares puede afectar intereses equivalentes a los de la corrupción pública, se encuentra en ciertas razones por las cuales en el Reino Unido se decide, a través de la Bribery Act de 2010, sancionar los actos de soborno a través de una fórmula general que abarcara esta clase de conductas.

Uno de los principales problemas que se detectaron en este medio, para mantener la distinción entre corrupción pública y privada, radicaría en la dificultad de definir con suficiente claridad la diferencia entre las funciones propias del sector público y las que deben entenderse como meramente privadas. Incluso, The Law Commission (2008, p. 19). advierte que resultaba obvio extender este delito a los casos en que la ventaja era solicitada o recibida por un funcionario público y, más ampliamente, por todo aquel que desarrollara una función de naturaleza pública. Sin embargo, consideran que la determinación de qué es un “órgano público” era bastante más difícil que en el pasado. Reconocen que gran parte de las funciones o prestaciones que usualmente eran entendidas como una función pública en la actualidad se estaban desarrollando, debido a procesos de subcontratación, por empresas privadas.

La misma dificultad se daría al tratar de definir cuándo un sujeto ostenta la calidad de miembro, funcionario o empleado de un servicio público o si se trata de un privado contratado para cumplir con la función asignada al órgano público. Con todo, consideran que no resultaba aconsejable buscar una definición omnicompreensiva de “organismo público” o de “función pública” para efectos de reformular la prohibición del soborno en el Reino Unido. Es por tal razón que se llega a sostener que resultaría más adecuado para resolver este problema, atender a que estos conceptos variaban de acuerdo a los cambios de la forma o las vías como los servicios eran suministrados a la ciudadanía, tanto en un nivel local como nacional. Por lo mismo, debían ser los tribunales los que decidieran, caso a caso, cuándo la ventaja ofrecida o solicitada estaba vinculada al desarrollo de una función de naturaleza pública (The Law Commission, 2008, p. 19).

Green (2013, p. 61), desde una perspectiva crítica, señala que tal punto de partida no debiera ser sobreestimado, ya que, en un número importante de casos, todavía estaríamos en condiciones de establecer cuándo el receptor de un soborno es un actor público y cuándo se trataría de un actor privado, dependiendo de si el sobornado actúa en el marco de una capacidad puramente privada o cuando lo hace en ejercicio de una función pública. Por tal motivo, sostiene que no parece justificado equiparar el tratamiento de ambas, sobre todo si se tiene en cuenta que el argumento de la difuminación, como se verá más adelante, no podría ser aplicado para todos los casos de corrupción entre particulares. Eso sí, reconoce que en ciertos supuestos sería imposible tan diferenciación, lo que se produciría en aquellos casos en que los privados lleven a cabo una función pública significativa o, más bien, desarrollen una actividad de evidente contenido o interés público, proponiendo que en tales ocasiones efectivamente se equipare la reacción punitiva y que se le considere como verdadera corrupción pública.

Este punto es relevante porque podría conducir a ciertos malos entendidos. El núcleo del argumento viene dado por el reconocimiento de que los privados en la actualidad ejercen una serie de actividades que presentan una dimensión pública significativa, lo que no quiere decir, necesariamente, que las conductas de soborno que se lleven a cabo en este contexto puedan ser subsumidas en los tipos penales respectivos de cohecho a funcionario público que existen en nuestro país⁸.

Ahora, basta con plantear un ejemplo sencillo para demostrar que ciertos actos de corrupción ejecutados entre particulares, que no podrían ser subsumidos en las hipótesis vigentes de cohecho, podrían afectar ciertos intereses protegidos por tales delitos. Así, si una persona obtiene a través del ofrecimiento de una ventaja indebida, que un funcionario de un hospital público le otorgue un trato privilegiado adelantando en forma no autorizada su operación quirúrgica, postergando así la de los pacientes que tenían preferencia, afectaría legítimas expectativas de trato imparcial y podrían ser, tanto sobornador como sobornado, sancionados por las respectivas figuras del delito de cohecho. No ocurriría lo mismo si la misma conducta la efectuara un médico de un centro privado, ya que, si bien es cierto es innegable que lleva a cabo una actividad de dimensión pública significativa, no podría ser entendido, en ningún caso como un funcionario público para los efectos de la configuración del tipo penal de cohecho, debido a que no actúa en representación o nombre del Estado.

Si se considera que lo que se pretende asegurar por el tipo de cohecho es determinada forma como los representantes del Estado debieran relacionarse con terceros, esto es, en forma imparcial y que, por lo tanto, se prohíbe la generación de

⁸ Así, por ejemplo, para que se configure el delito de cohecho se requiere que el sujeto activo (sobornado) desempeñe una función pública lo que tiene que ver más bien, en Chile, con el hecho de que un sujeto actúe en definitiva en representación del Estado o en nombre del Estado, pese a no tener nombramiento formal como funcionario público. Ver, al respecto, Artaza Varela (2016, p. 322 y ss.).

ventajas de unos por sobre otros por razones ilegítimas, es decir, el pago no autorizado de ventajas económicas, se está reconociendo, en forma correlativa, que los ciudadanos y ciudadanas tienen ciertas expectativas legítimas de trato imparcial en su relación con

el Estado⁹. Si el Estado decide que ciertas prestaciones que antes estaban a su cargo, pasarán a manos de privados, por ejemplo, debido a procesos de privatización, parece razonable sostener que, al mismo tiempo, los ciudadanos no se vean perjudicados, es decir, no se les cargue con la pérdida de tales expectativas¹⁰.

En suma, tal punto de partida resulta sumamente relevante para poder introducir una serie de distinciones relativas a las razones que avalarían sancionar los casos de corrupción cuando intervienen exclusivamente particulares, con el objeto de identificar aquellos casos en que efectivamente tales actos puedan entenderse equivalentes a aquellos en que interviene un representante del Estado, frente a los casos en que esto no sucede, ya que la corrupción entre particulares, como se verá a continuación, puede presentar una lesividad específica que no puede ser equiparada a la de la corrupción en el ámbito público.

1.2. La potencialidad lesiva propia o específica de la corrupción entre particulares

En segundo lugar, se ha reconocido que fuera de los casos anteriormente descritos, esta conducta presentaría una lesividad propia o específica. Esta dañosidad estaría directamente relacionada con el contexto en el que usualmente se llevaría a cabo, esto es, el de los negocios. Como señala Boles (2014, p. 682), la corrupción privada por lo general se presenta en el marco de la actividad comercial, debido a que ciertas empresas efectúan pagos encubiertos a empleados de otras empresas sin el conocimiento del empleador o el principal, con el propósito de que el sobornado otorgue un negocio al sobornador y de esta forma excluya a los competidores del sobornador. Al respecto, se ha señalado por la doctrina que tal conducta podría afectar intereses muy diversos, por lo que a través de su prohibición se pretendería alcanzar una pluralidad de propósitos, dentro de los que destacan la protección de ciertos deberes de lealtad en el marco de las relaciones laborales o de representación

⁹ Por tanto, adhiero a la opinión de que lo que se protege por el delito de cohecho no es, sin más, el correcto desempeño de la función pública, sin atender a las razones por las cuales tal función se vincula con el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Al respecto, Artaza Varela (2016, p. 320- 322).

¹⁰ Tomando en cuenta la relevancia que han adquirido los privados en la prestación de tales servicios es evidente que la exclusión de unos y la preferencia de otros por razones indebidas afecta ciertas expectativas de trato igualitario que también debieran ser protegidos en ciertos contextos. En esta línea se encuentra, sin lugar a dudas, el proyecto de Ley ya descrito supra, n. 12, en su artículo 250 ter, en la medida que podría entenderse prohibido el favorecimiento indebido si se entiende éste como una forma de “haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario” de intereses ajenos (Boles, 2014, p. 682)¹¹, la protección de los intereses patrimoniales del titular por cuyo nombre actúa el sobornado¹² (Encinar del Pozo, 2016, p. 96), la protección de ciertas condiciones mínimas de competencia leal, o incluso la administración correcta de los asuntos corporativos de una empresa (Rose, 2003, p. 3).

Una forma de analizar este problema es a través de la observación de los intereses que en el ámbito comparado se tuvieron en consideración como objeto de protección a la hora de criminalizar tales actos de corrupción. En este sentido, se ha señalado que se podrían identificar diversos modelos de incriminación de esta conducta en atención a

los diversos intereses que se protegerían en forma prioritaria. Así, por ejemplo, Heine (2003, pp. 10 y ss.) sostiene que el análisis de las diversas legislaciones que criminalizan esta conducta puede verse facilitado recurriendo a tres modelos básicos, sin perjuicio de que parece ser difícil que un modelo se presente en forma pura sin incluir aspectos de otro. Un primer modelo se caracterizaría por considerar que los intereses que deben protegerse a través de la criminalización de la corrupción privada son los intereses económicos corporativos, los intereses de los accionistas o los intereses patrimoniales en sentido amplio (Kindhäuser, 2007, p. 12)¹³. Bajo un segundo modelo se privilegiaría la protección de los deberes de lealtad en el ámbito laboral que deben los empleados a sus empleadores. Por último, algunos ordenamientos jurídicos potenciarían, a través de su criminalización, la protección de la libre y leal competencia, así como el buen funcionamiento de los mercados (Heine, 2003, p. 10).

Tales intereses podrían ser agrupados bajo dos categorías diversas de acuerdo al daño causado. Por una parte los efectos relativos a la violación de deberes fiduciaros (donde se debiera incluir además la afectación del patrimonio del principal), esto es, se vinculan a intereses propios del principal del sobornado y, por otra parte, los efectos anticompetitivos vinculados a la afectación de la lealtad de la competencia, por tanto, se relaciona con intereses más bien difusos, como puede ser el de los competidores o incluso supraindividuales como puede ser el de la protección de

11 El efecto lesivo más reconocido, al menos en el ámbito angloamericano, sería el de la violación, por parte del agente sobornado, de sus deberes fiduciarios de lealtad. Reconoce, a su vez, que tales infracciones traerían aparejadas consecuencias económicas adversas para el principal. Ya que en las transacciones económicas el sobornado, normalmente, añadiría subrepticamente el costo del soborno en los contratos celebrados por el principal.

12 Por ejemplo, sostiene que tales prácticas producen “consecuencias perjudiciales para las propias empresas que realizan tales actos, que son de distinto tipo. Podemos citar, así, las consecuencias que la corrupción privada tiene en sus principios y valores, dado que socaba la ética empresarial; fomenta la deslealtad en cuanto al empleador y el propio patrimonio de la sociedad (al suponer un sobrecoste sobre el precio del producto) poniendo en peligro los intereses de inversores y accionistas”.

13 En forma crítica sostiene que si se analiza la lesividad de la conducta desde el punto de vista de los competidores no podría ser el patrimonio lo protegido, en la medida que “la protección penal del patrimonio asegura fundamentalmente el statu quo del patrimonio. Como el campo principal de la corrupción económica es la competencia, el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en ganancias no alcanzadas” ciertas condiciones adecuadas de funcionamiento del sistema de mercado (Boles, 2014, p 682)¹⁴. Lo anterior respondería a que efectivamente la corrupción privada podría “afectar al mismo sistema de mercado y la confianza que se tiene en él” (Encinar del Pozo, 2016, p. 99), ya que socavaría ciertas bases fundamentales del mismo en las que se sustentan las relaciones comerciales, como son la competencia leal y la selección en función del mérito, las que “resultan indispensables para que los mercados sean fuente de innovación, eficiencia, productividad y crecimiento” (Encinar del Pozo, 2016, p. 99) ¹⁵. Como señalan De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero (2002), los “efectos sobre la lealtad competitiva de los comportamientos corruptos en el sector privado proceden, en primer lugar, de su incidencia sobre los intereses que confluyen en la competencia” (p. 282). De acuerdo a lo sostenido por tales autores, la

corrupción faltaría la competencia en la medida que se terminaría favoreciendo “de manera injusta a un competidor frente a otro” (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2002, p. 282), o se terminaría, también, menoscabando la lealtad concurrencial debido a que el sobornado, al adjudicar el contrato respectivo, se habría guiado por razones diversas a la ponderación entre calidad y precio de los productos o servicios (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2002, p. 282).

Este punto resulta fundamental, ya que denota la verdadera preocupación que se esconde detrás de la pretensión de prohibir tales conductas, esto es, los efectos lesivos acumulativos para bienes jurídicos supraindividuales o colectivos (Vega Gutiérrez, 2013, pp. 82-91)¹⁶. Como señala Clark, tal fenómeno podría causar un daño significativo a la sociedad a través de la distorsión de las reglas propias del libre mercado en la medida que podrían terminar incrementando los costos de transacción para todo el resto de los competidores. A su vez, podría generar el efecto de excluir a aquellos competidores que en definitiva no están dispuestos a incrementar tales costos a través de actos de corrupción o, por el contrario, terminen accediendo a hacerlo y adopten tales prácticas con el objeto de poder obtener un negocio (lo que se conoce como efecto contagio) (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2002, p. 282). Por tanto, si se efectúa repetidamente y se acaba naturalizando dentro de determinados mercados, podría terminar eliminando un principio fundamental para la efi-

14 Debido a la extensión del artículo no se puede abordar el problema de la eventual suficiencia de tal bien jurídico para ser considerado como relevantes desde una perspectiva penal. Al respecto, desde una perspectiva crítica ver Bolea Bardón (2013, p. 12).

15 En efecto, y como señala este autor, “la corrupción genera la percepción de que quien no está dispuesto a ofrecer o pagar sobornos no tendrá posibilidades reales de competir”. Lo anterior podría traer aparejados efectos nocivos como por ejemplo el retraimiento de la inversión y la disminución de la percepción de seguridad jurídica de un Estado en particular.

16 En un exhaustivo análisis, sostiene que se ha clasificado habitualmente a los bienes jurídicos supraindividuales en aquellos que tutelan un interés social general, es decir, pertenecen a la totalidad de las personas que integran la comunidad y aquellos que tutelan un interés sectorial o difuso, que serían los que protegen un interés de un grupo más o menos amplio de la sociedad, sin que sea a la totalidad de las personas, ciencia del sistema de mercado, como es el de la selección en base al mérito (Clark, 2013, p. 2291)¹⁷ y el de la competencia leal (Encinar del Pozo, 2016, p. 98)¹⁸.

En el ámbito comparado se refleja claramente la intención de evitar los efectos distorsionadores del mercado aparejados a la corrupción entre particulares. Así, por ejemplo, en el caso Alemán, donde previo a la modificación introducida por la Ley de Lucha contra la Corrupción en 1997, tales conductas ya se consideraban en la Ley contra la Competencia Desleal, y se opta por su criminalización con el propósito de “reforzar la conciencia pública en el sentido de que la corrupción en el sector empresarial era una forma de delincuencia que no sólo debía ser una preocupación de la economía, sino que debía contar con una expresión general de desaprobación ética social de tal comportamiento” (Encinar del Pozo, 2016, p. 175)¹⁹. Por lo mismo, Tiedemann (2010) señala que para la doctrina dominante en ese país lo que se protege por este delito es en primer lugar “la competencia leal como bien jurídico supra-

individual y principio del orden económico” y que, al mismo tiempo, se protegerían también “a los competidores, específicamente en su igualdad de oportunidades y en sus intereses patrimoniales” (p. 309).

Con ciertas diferencias, vinculadas principalmente a la forma como se ha incriminado esta conducta, debe ser considerado el caso del Reino Unido, donde, como señala Green (2013, p. 46), uno de los cambios más radicales relativos a la lucha contra la corrupción, a propósito de la entrada en vigencia de la Bribery Act (2010), sería la forma como se enfrenta la corrupción en el ámbito de los negocios, ya que uno de los principales objetivos de la ley sería acabar con la práctica generalizada del pago de sobornos en el marco de la competencia por la obtención de contratos y, especialmente, la práctica de competir sobre la base de que quien se adjudicaría el contrato en definitiva sería quien pueda pagar el soborno más alto. Como señala Mukwiri (2015), si tal práctica se llegara a generalizar, el “circulo de la corrupción se perpetuaría” (p. 18), lo que podría traer aparejado graves efectos al mercado.

Se pueden considerar también las razones que se adujeron por el legislador español en el año 2010, para la introducción de este tipo penal. En primer lugar, se debe tener en cuenta la influencia que ejerció la Acción Común del Consejo

17 Ver también De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero (2002, p. 282).

18 Sostiene que la corrupción entre particulares generaría condiciones anticompetitivas ya que “distorsionan la competencia leal y las reglas de una economía de Mercado libre, porque afectan a las condiciones de igualdad entre los actores comerciales”. Lo relevante es que tales efectos anticompetitivos también traerían como consecuencia efectos lesivos para los propios consumidores en la medida que podría repercutir negativamente “en la calidad de los productos y servicios” para este último. Como señala este autor, la corrupción podría incentivar a que quien actúa en el mercado se vea inclinado “a favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferior o a no cumplir la diligencia debida en la prestación de servicios”. Ver también, en relación con los efectos en los consumidores. Ver también, De la Cuesta Arzamendi y Blanco 1998/742 JAI que obligaba, definitivamente a España a criminalizar esta conducta (Gil Pascual, 2007, p. 4). 20 y principalmente la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio, la que termina siendo la principal razón que explica las propuestas de modificación al Código penal respectivo²¹. El objeto de este instrumento sería prevenir las conductas de soborno en el marco de los negocios, debido a su efecto distorsionador de la competencia (García Albero, 2015, p. 554). Esto es, se reconocía que de acuerdo con las directrices internacionales lo que se protegería sería la competencia leal en la adquisición y venta de bienes y servicios²². En la modificación al tipo penal operada por LO 1/2015 incluso el legislador español es explícito al señalar que lo que se pretende evitar es la obtención de posiciones de ventaja en las relaciones económicas a través del pago de sobornos (García Albero, 2015, p. 554).

2. Breve aproximación a las fórmulas de criminalización de la corrupción entre particulares

Una vez se ha constatado ciertas distinciones fundamentales relativas a la definición de los intereses que pueden verse afectados por la corrupción entre particulares, se

describirá brevemente cierta experiencia del ámbito comparado, ya que las fórmulas a través de las cuales se pretende hacer frente a tal forma de corrupción son variadas²³. En este sentido, resulta especialmente relevante atender al menos a dos alternativas distintas que vale la pena considerar. Así, por ejemplo, la opción del Reino Unido, que pretende combatir este fenómeno a través de la criminalización de la corrupción en forma genérica, sin diferenciar si ésta se lleva a cabo en el ámbito público o privado, otorgando criterios relativos a los casos que debieran ser considerados de relevancia penal. Por otra parte, se puede observar la opción española, la que sanciona la corrupción entre particulares con un tipo penal específico, distinto al del delito de cohecho a funcionario público, y cuya aplicación se restringe a los casos de corrupción en el ámbito de los negocios.

20 De acuerdo con el cual este instrumento compelia a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias “para que las conductas de corrupción (activa y pasiva) en el sector privado, incluyendo la complicidad e instigación a las mismas, fuesen tipificadas como infracciones penales (arts. 2.2 y 3.2 Acción Común)...”.

21 Ver Blanco Cordero (2015, pp. 540-541). También, Gil Pascual (2007, pp. 5-6).

22 Ver, al respecto, Blanco Cordero (2015, p. 541), García Albero (2015, p. 555).

23 Acá solo se considerarán dos alternativas, ya que excede con mucho al propósito de este trabajo un análisis exhaustivo de Derecho comparado. Para tales efectos se puede recurrir al trabajo de Encinar del Pozo (2016, pp. 167 y ss.). Las razones por las que se ha elegido la fórmula propia del Reino Unido es que permite constatar cierto espacio en que la corrupción en el ámbito público y el privado parecen equivalentes, sobre todo por el hecho de que en ciertos casos no podrían ciertamente distinguirse tales ámbitos. Por su parte se describirá también el modelo adoptado por España, con el propósito de indagar en algunos de los problemas que se han planteado en este medio para poder sostener que los tipos de corrupción entre particulares protegen la competencia leal y con qué alcance.

2.1. La completa equiparación en el Reino Unido entre la corrupción pública y privada a través de un tipo genérico

En primer lugar, se considerarán las modificaciones introducidas en el Reino Unido por la Bribery Act (2010), instrumento que surge a propósito o en respuesta a las críticas a la legislación anticorrupción existentes a la época, debido a que resultarían inadecuadas para la persecución de formas más intrincadas de corrupción y que la misma resultaba difícil de aplicar en la práctica (Clark, 2013, p. 2302). En la primera sección se sanciona por soborno a quien directamente o a través de un tercero, ofrece, promete u otorga una ventaja económica o de otra clase a otra persona, en forma tal que, debido a tal recompensa, esta persona efectúe una actividad o función relevante en forma indebida (Dunst, Diamant, y Kung, 2011, p. 278)²⁴. La ley colocaría a quien debe llevar a cabo la prestación respectiva en una posición de confianza para desarrollar la misma de buena fe y en forma imparcial y, por lo tanto, considera como soborno el recompensar o inducir el abuso de confianza, así como la falta de buena fe o imparcialidad (Mukwiri, 2015, p. 18).

Como se expone en el informe respectivo de The Law Commission, el elemento básico de este delito estaría constituido por la promesa, ofrecimiento o entrega de la ventaja a otro. A su vez, el injusto moral de esta conducta estaría constituido por el

propósito de inducir a otro (no necesariamente quien recibe el soborno) a actuar indebidamente o intentar recompensar tal comportamiento. Como contraparte, el elemento básico del delito llevado a cabo por el receptor de la ventaja consiste en solicitar, estar de acuerdo en recibir o aceptar una ventaja para sí o para otro. El injusto moral consistiría en que la ventaja recibida constituya una recompensa por una actuación indebida, o que esté vinculada al compromiso de efectuar tal infracción de sus funciones, ya sea en forma anticipada o como consecuencia de tal acuerdo entre el receptor y quien otorga o se compromete a otorgar tal ventaja.

Como se puede observar, son varios los aspectos que resultarían sumamente difusos. Por lo mismo, han resultado especialmente importantes los esfuerzos realizados para la delimitación de sus elementos. Así, por ejemplo, la determinación de la actividad o función que resulta penalmente relevante de cara a la atribución de responsabilidad penal por esta conducta y la determinación del comportamiento indebido por parte de quien recibe la ventaja. En este sentido, The Law Commission (2008, p. 17) sostuvo que uno de los principales problemas que podría traer aparejada la criminalización de los actos de corrupción en forma indebidamente amplia, sería la de terminar reforzando el comportamiento correcto en contextos inadecuados, esto es, en aquellos que no debieran ser considerados como relevantes para el

24 Señalan que tal enunciado puede ser relacionado con el elemento “corruptly” propio de las FCPA. Ver The Law Commission (2008, p. xii). Ver también Mukwiri, (2015, p. 18) y Clark (2013, p. 2303).

Derecho penal, ya que se podría terminar sancionando el mero comportamiento inmoral²⁵.

Por lo mismo, y en relación con este primer problema, la Sección 3 de las Bribery Act (2010) describe varias actividades o funciones a propósito de las cuales se puede dar un acto de corrupción, para lo cual utilizaría un lenguaje sumamente impreciso²⁶. De acuerdo a Green (2013, p. 46), lo anterior se reflejaría en que no solo se referiría a funciones que puedan ser consideradas de naturaleza pública, sino que también ciertas actividades relacionadas a los negocios (donde se incluye tanto el comercio como las actividades profesionales), o las que se efectúen en el marco del trabajo de una persona empleada o en nombre de un grupo de personas (ya sea de naturaleza corporativa o no). Junto a lo anterior se exige que se presenten ciertas expectativas del desarrollo de tal función o actividad, como que se efectúe de buena fe, en forma imparcial o que se lleve a cabo bajo una posición de confianza²⁷.

Por lo mismo, se ha señalado que uno de los principales efectos que derivan de esta técnica legislativa sería el de terminar con la distinción entre la corrupción que ocurre en el marco de una función pública y de la que ocurre en el marco estrictamente particular, optando por equipararlas, al menos en aquellos casos que presenten en común ciertos elementos mínimos, como son: el tratarse del desarrollo de ciertas funciones o actividades de especial relevancia que se ejecutan en nombre de otro y, además, cuando se espera que se desarrollen de determinada forma (desarrollo imparcial o de buena fe).

Como señalan Warin, Falconer y Diamant (2010), tal cláusula expresamente extiende la prohibición del soborno igualmente a los casos de funciones públicas y cierta clase de actividades privadas, sin “discriminar entre las dos” (p. 25). De hecho, en el proceso de modificación de la legislación del Reino Unido una de las desventajas de la legislación anterior que se evidencia, al menos por The Law Commission (2007, p. 19), sería que bajo la legislación vigente antes de la Bribery Act (2010) se efectuaba una distinción imperfecta entre ambas formas de corrupción, debido a que se regían por estatutos diferentes, pese a que en ambos la definición de qué debía entenderse por corrupción era la misma. Uno de sus primeros informes (The Law Commission, 2007) da cuenta de cuáles serían los principales argumentos para continuar con la distinción entre ambas formas, así como para superarla y, en definitiva, equipararlas. No obstante haber señalado que se debía tener en cuenta que a quienes se desem-

25 Se despliega el siguiente ejemplo que podría ser problemático: H y W tienen una hija en común y se han divorciado recientemente. W ofrece pagar a H para que no tenga acceso o contacto con su hija. H acepta la oferta y recibe el pago. Si el padre acepta tal pago estaría infringiendo su posición de con- fianza respecto de su hija lo que sería inducido justamente por el pago de la ventaja ofrecida por W. Como explica la Comisión, el Derecho penal no debiera intervenir en casos como el anterior.

26 Señalado que ocuparía un lenguaje sumamente amplio.

27 Al respecto, (Bean y MacGuidwin, 2013, p.77)

peñan en el ámbito público se les dirigirían deberes de un estándar más alto que en el sector privado y que tal diferencia se debiera reflejar en la penalidad asignada a cada uno de los delitos, se terminó equiparando igualmente ambas formas de co- rrupción.

Con todo, y como advierte Green (2013, p. 55), pareciera ser que el propósito del legislador fue entregar a la persecución y a los jueces la responsabilidad de de- terminar los casos en que parecería razonable perseguir y sancionar, respectivamen- te, los actos de corrupción, sin entregar, eso sí, suficientes criterios para la determina- ción de cuándo conviene hacerlo (Bean y MacGuidwin, 2013, p. 79). Como se extrae de los argumentos recientemente expuestos que emanan del legislador, al parecer el aspecto que resultaría central (aunque no el único) para la equiparación introducida, diría relación con la evidente naturaleza pública de actividades que están en manos de privados.

En relación con el segundo problema, es decir, el de la definición del desarro- llo de la función en forma indebida, la sección 4 de la Bribery Act (2010), consagra que se entenderá de esta forma si se ejerce en forma tal que “incumpla una expectati- va relevante” o si se trata de un incumplimiento de la función que pueda ser entendi- do por sí mismo como una infracción de esta clase de expectativas. Estas expectati- vas relevantes deben ser conectadas, a su vez, con los casos en que se espera que un sujeto realice una función de buena fe o en forma imparcial o los casos en que la fun- ción justamente surja o provenga de una posición de confianza. De acuerdo a lo es- tablecido por la Sección 5, lo relevante es que se actúe en contra a lo que se esperaría del cumplimiento de tales funciones por parte de un sujeto razonable en el Reino Unido²⁸. Para lo anterior se tomará en cuenta la propia legislación (local o nacional) y, en su caso, la costumbre o práctica local si es que la regulación aplicable lo permite (para lo

cual también se considerarán las decisiones judiciales que cumplan con ciertos requisitos de publicidad o registro).

De acuerdo a Dunst, Diamant, y Kung (2011), para determinar si se presenta el elemento del desarrollo impropio de la función se puede recurrir tanto a un test objetivo como a uno subjetivo. Por una parte, el test subjetivo busca determinar si el propósito de quien soborna es otorgar la ventaja para inducir a una persona a actuar en forma indebida. Con todo, la determinación de si el sobornado actuó o no en forma indebida remitiría al problema de si su comportamiento u omisión, inducido por el soborno, puede ser entendido como un incumplimiento de alguna “expectativa relevante”. Este último término tampoco sería sencillo de delimitar, ya que, a grandes

28 Se debe considerar lo señalado por Fletcher (2006, p. 21), de acuerdo con el cual una de las “más claras particularidades” del discurso jurídico angloamericano sería su “infinita confianza que tenemos en el término razonable”, a diferencia del discurso jurídico continental en donde tal término no “figuraría de forma destacada”.

rasgos, incluiría cualquier actividad relacionada a los negocios, función pública o cualquiera en la que se espera que un empleado actúe de buena fe, imparcialmente u otra que conlleve una posición de confianza. Para determinar si tales expectativas fueron afectadas se recurre al test de lo que una persona razonable en el Reino Unido esperaría en relación con el desarrollo de esa clase de actividad o función en particu-

lar. A modo de conclusión preliminar se puede sostener que si bien es cierto la técnica legislativa utilizada por el legislador del Reino Unido presentaría la ventaja de reflejar en términos muy adecuados los elementos esenciales de aquello que debe entenderse como un acto de corrupción, expresando así que ésta puede aparecer tanto en el ámbito público como en el meramente privado, manifestaría una serie de desventajas que conviene considerar, en la medida que si bien expresa adecuadamente la equivalencia formal de ambas formas de corrupción, no respondería a ciertas diferencias materiales que parecen sumamente relevantes.

Así, si bien es cierto es resorte del legislador determinar la gravedad de la pena asignada a cada una de las figuras delictivas en particular, a través de la completa unificación de la criminalización de la corrupción no se daría cuenta de importantes diferencias que deben ser consideradas a la hora de su tipificación. Especialmente inadecuada parece la consecuencia relativa a la equiparación absoluta de la gravedad de ambas clases de corrupción, ya que tal decisión corre el riesgo de no representar adecuadamente, como lo ha tratado de demostrar ya Green (2013, pp. 53 y ss.), ciertas valoraciones sociales de suma importancia vinculadas a la necesidad de reacción a través del Derecho penal y a la consideración de que la exclusión de ciudadanos de ciertos servicios o prestaciones de dimensión pública en razón de que no pueden pagar un soborno es una conducta que debe ser diferenciada de aquellas que en el ámbito privado puedan entenderse como un acto, especialmente grave, de competencia desleal o de infidelidad para con el principal.

Por otra parte, y como ya se ha señalado, la evidente diferenciación de bienes jurídicos que podrían resultar afectados por los casos de corrupción entre particulares en contextos de desarrollo de funciones de evidente dimensión pública, frente a los casos

de corrupción en los negocios, hace recomendable tipificarlos en forma diferenciada. Lo anterior si bien es cierto no resulta imprescindible, podría facilitar la labor de interpretación y aplicación de los tipos penales respectivos en atención a las posibilidades de afectación de los bienes jurídicos o intereses que se pretenden proteger.

2.2. La criminalización de la corrupción entre particulares como tipo autónomo restringido a ciertas relaciones comerciales. Breve referencia a la experiencia española

A diferencia de la fórmula del Reino Unido anteriormente descrita, en España se mantiene la diferenciación entre la tipificación de la corrupción pública de la que se efectúa en el ámbito estrictamente particular y restringido al ámbito de ciertas relaciones comerciales. Este tipo penal se introduce mediante la LO 5/2010 en el artículo 286 bis del código penal español y es modificado en el año 2015 junto a importantes reformas relativas a la lucha contra la corrupción en ese país. Una de las más significativas es la introducción de una nueva sección (Capítulo XI del Título XIII del Libro II) dedicada a los delitos de corrupción en los negocios. De acuerdo a García Albero (2015) se incluyen los delitos de pago de sobornos “para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)” (p. 553). Como explica este autor, la modificación habría tenido por principal propósito introducir algunas mejoras técnicas a la tipificación de tales preceptos para garantizar la aplicación de los mismos “en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas” (García Albero, 2015, p. 554).

De acuerdo a Santana Vega (2015), se sanciona, en primer lugar, a través del delito de corrupción pasiva, a todos aquellos integrantes de una empresa mercantil o sociedad que “tengan capacidad de decisión o de obligarla en el tráfico jurídico-mercantil”(p.1003)²⁹, aun cuando actúen a través de persona interpuesta, en los casos en que reciban, soliciten o acepten un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, siempre que la misma esté vinculada al favorecimiento indebido de otro en el marco de la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Al igual como se pudo apreciar en el ámbito de la tipificación de este delito en el Reino Unido, acá el sujeto activo del tipo penal de corrupción pasiva solo pueden ser ciertos sujetos. En este caso se trata de quienes actúan en nombre de la empresa, es decir, en representación de la misma. Por tal razón se excluye como sujeto activo

²⁹ Blanco Cordero (2015), señala que “basta con que el sujeto activo tenga capacidad para favorecer a otro en la contratación de servicios o en la adquisición y venta de mercancías” (p. 545). Este punto sería de enorme relevancia en la medida que supondría, de acuerdo al autor, una importante ampliación del tipo penal “que puede dar cabida a la conducta de los comisionistas que actúan en el sector privado”. Así también, García Albero (2015, p. 572), quien incluso señala que con la modificación del precepto en cuestión ya no solo es sujeto activo quien asume “la función de contratar en

nombre o por cuenta de la empresa”, sino que ahora “sujeto idóneo sobornable es quien tiene simplemente capacidad para favorecer a otro en la contratación de servicios o en la adquisición y venta de mercancías”.

al titular o empresario de ésta³⁰. Con todo, se han evidenciado ciertos problemas vinculados a la opción por incluir al “colaborador de una empresa mercantil”, ya que, como expresa Blanco Cordero (2015, p. 543), un colaborador puede ser cualquiera y el Código penal no ha aportado ninguna pauta para la delimitación de este concepto³¹.

Por otra parte, y como indica Blanco Cordero (2015, p. 544), el legislador español parece haber querido dejar al margen a las “actividades de entes sin ánimo de lucro”, al haber restringido su aplicación a quienes actúan en nombre de una empresa mercantil o de una sociedad, dejando fuera los casos de representación de asociaciones, fundaciones u organizaciones³². Además, y como destaca el autor, uno de los problemas que se ha presentado es el tratamiento que se le debe dar a quienes realizan actos de corrupción en el marco de empresas privadas que presten servicios públicos (Blanco Cordero, 2015, p. 544)³³. El problema se debe a que el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce por primera vez este delito en el ordenamiento jurídico-penal español, sostiene expresamente que tales casos debieran entrar al campo de aplicación de los delitos de cohecho. Con todo, y debido a que el tipo penal no distingue, y que se ha puesto en duda que los sujetos implicados puedan calificarse legítimamente de funcionarios, se ha sostenido que tales casos deben resolverse aplicando justamente el tipo penal de corrupción entre privados y no el de cohecho (Blanco Cordero, 2015, p. 544)³⁴.

Se sanciona, también, a través de lo que se conoce como “corrupción activa”, a cualquier persona que, por sí, o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a quien figura como sujeto activo de corrupción pasiva, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, ya sea para ellos o terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en las interacciones comerciales previamente descritas a propósito de la corrupción pasiva.

Como ha señalado Blanco Cordero (2015, p. 546), se trata de un delito común, que puede ser cometido tanto directamente como a través de otra persona y la conducta típica consiste en prometer, ofrecer o conceder beneficios o ventajas de cualquier naturaleza no justificados. Para el autor tal referencia, es decir, el de su carácter

³⁰ Sin embargo, como se verá más adelante, un importante sector de la doctrina crítica tal solución e incluso se han propuesto fórmulas para sancionar al empresario o titular como partícipe de tales delitos.

³¹ Especialmente crítico, (García Alberó, 2015, p. 570), para quien este término debe ser interpretado en forma restrictiva para evitar que se termine sancionando por esta vía “al simple comisionista sin vinculación alguna” con la empresa, ya sea la que soborna como con la sobornada.

³² Según el autor así se contradiría lo dispuesto en el art. 2.2 de la Decisión marco 2003/568/JAI, “de acuerdo con el cual la corrupción en el sector privado ha de aplicarse a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos”.

³³ De acuerdo con el cual el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 sostenía que tales empresas quedaban dentro del campo de aplicación del delito de cohecho.

³⁴ Haciendo referencia a informe del Consejo General del Poder Judicial español.

no justificado, “persigue comprender todo lo que el beneficiario no se encuentra legalmente habilitado a aceptar o recibir” (Blanco Cordero, 2015, p. 546). Este último aspecto, es decir, el del favorecimiento indebido como contrapartida a la obtención u ofrecimiento de la ventaja resulta fundamental para comprender la extensión del tipo penal y, como se podrá apreciar más adelante, para dilucidar el problema de los intereses que se pretenden proteger a través de la criminalización de tales conductas.

Con todo, es preciso efectuar algunas consideraciones en particular sobre la realidad española, ya que si bien es cierto la vinculación con la protección de la competencia leal en este medio resulta evidente, al menos si se toma en cuenta las intenciones del legislador y las referencias expresas en los instrumentos internacionales respectivos (Gil Pascual, 2007, pp. 7 y ss).³⁵ cierta doctrina de este país ha puesto en duda que éste fuera el bien jurídico exclusivamente protegido, sobre la base de diversas razones. De acuerdo a lo sostenido por Puente Aba (2015), “la configuración original de esta infracción delictiva no permitía mantener que ése fuera realmente el auténtico bien jurídico, o al menos que con tal configuración resultara convenientemente tutelado” (p. 916). Por lo mismo se ha sostenido que, pese a las intenciones declaradas del legislador, en realidad el tipo penal solo podría proteger intereses patrimoniales del titular de la empresa o, incluso, ciertos deberes de lealtad que recaen en el representante (Puente Aba, 2015, p. 916)³⁶.

Se mantuvo también que el modelo español anterior a la reforma operada en 2015 respondía más bien a uno “híbrido o mixto”, así, por ejemplo, de acuerdo con el cual “se requería, cumulativamente, un menoscabo de la competencia leal y una infracción de deberes por parte del corrupto” (Blanco Cordero, 2015, p. 542)³⁷. En este sentido, conviene considerar lo señalado por Silva Sánchez, Robles Planas y Gómez-Jara Díez (2011), para los cuales los objetivos de la reforma operada en 2010, serían bastante ambiciosos, ya que buscarían poner fin a la práctica “de que la recepción de incentivos por parte de miembros de una empresa condicione la adquisición de bienes y servicios por parte de ésta” (p. 420). Lo anterior implicaría que serían dos clases de intereses a proteger a través de esta prohibición. Así, en primer lugar, los “intereses de la empresa receptora de los bienes y servicios” (Silva Sánchez, Robles Planas y Gómez-Jara, 2011, p. 420) que son escogidos por el representante que, pese a que resultan de menor calidad o de mayor precio, son elegidos en razón de la ventaja indebida entregada al funcionario con poder decisorio. De acuerdo como a lo señalan tales autores, desde este punto de vista la conducta del empleado puede considerarse como “internamente desleal” y perjudicarían a la empresa representada por el funcio-

35 Al respecto, en forma crítica, ya que si bien es cierto los instrumentos internacionales parecerían estar preocupados de conductas que tuvieran una “cierta entidad, con capacidad, se diría, para afectar al sistema económico”, tal condición no se dejaría “traslucir” en el articulado de tales instrumentos.

36 Incluso antes de la incorporación del delito, desde una perspectiva crítica a esta postura, De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero (2002, pp. 278-279).

37 Ver también, Gil Nobajas (2015, p. 573).

nario corrupto. Al mismo tiempo, el legislador tomaría en cuenta los intereses de los competidores de quien otorga o acepta entregar la ventaja indebida, que ofrecen sus servicios bajo la convicción de la decisión relativa a la obtención del negocio se hará bajo parámetros de eficiencia y no en razón de incentivos ocultos para el resto. Des-

este punto de vista el acto de corrupción puede ser entendido como un comportamiento “externamente desleal” (Silva Sánchez, Robles Planas y Gómez-Jara, 2011, p. 420).

Pero, además, como sostiene Puente Aba (2015, p. 916), se habrían presentado en la redacción del tipo una serie de obstáculos para que tal precepto cumpliera con la función efectiva de protección de la competencia. Estos serían, en primer lugar, la “exclusión del empresario como posible sujeto activo de las conductas de corrupción”, así como, en segundo lugar, por el hecho de que el tipo penal exigiera que se llevara a cabo el comportamiento “infringiendo con las obligaciones de su cargo” (Gil Nobajas, 2015, p. 574).

En primer lugar, se sostuvo que no parecía coherente con la decisión de proteger la competencia a través de este tipo penal, la de excluir del ámbito de los sujetos activos al titular de la empresa, debido a que este último sería el “primer destinatario de las normas referidas a la competencia” (Gil Nobajas, 2015, p. 579). En este sentido, Navarro Frías y Melero Bosch (2011) sostienen que destaca el hecho de que el legislador haya excluido del círculo de sujetos activos de la corrupción privada en su modalidad pasiva a “aquellas personas que ostentan la condición de empresario, esto es, aquella persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejerce en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad” (pp. 11-12). De acuerdo a las mismas, esta exclusión haría surgir las primeras dudas acerca del fin perseguido por el tipo delictivo, ya que si lo que se pretende proteger es la competencia justa y honesta, “no se entiende que se castigue la conducta del empleado que acepta un soborno, pero no esa misma conducta cuando la realiza el titular del establecimiento” (Navarro Frías y Melero Bosch, 2011, p. 12), debido a que no podría afirmarse que tal conducta sea menos lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger.

Por tal razón, y pese que el legislador español no modificó esta situación con la reforma del año 2015, parte de la doctrina ha asumido que tal exclusión solo podría ser entendida como una omisión u olvido del legislador³⁸. Así, por ejemplo, Navarro Frías y Melero Bosch (2011), han sostenido que si bien es cierto, “el empresario goza de un ámbito de libertad empresarial que le permite decidir más allá de lo que po-

³⁸ Por su parte Blanco Cordero (2015, p. 543), señala que tal decisión de no incluir a “los empresarios o, mejor, a los socios o titulares de las empresas” es “algo discutible si el objeto del precepto es castigar los comportamientos que menoscaban la competencia leal”.

dría hacerlo el empleado... y que no está sujeto a una especie de genérico deber de imparcialidad u objetividad, como ocurre en el caso de los funcionarios públicos... no es menos cierto que los empresarios son (y de hecho son los empresarios principalmente) los sujetos a los que van referidas las leyes protectoras de la competencia...”(p. 12)³⁹. Incluso se han presentado fórmulas interpretativas con el objeto de permitir la atribución de responsabilidad penal al titular, por la modalidad de corrupción pasiva⁴⁰.

El gran problema de esta postura es que termina suponiendo que una adecuada protección de la competencia implica necesariamente incluir dentro del sujeto activo al titular, convirtiendo así los casos de corrupción entre particulares en casos completamente equivalentes a los de corrupción en el sector público, en la medida que se terminarían protegiendo expectativas de trato imparcial (bajo la forma de un delito de alteración de la competencia leal) que no tendría respaldo normativo⁴¹, ya que al titular no se le puede exigir que priorice, en su elección relativa a con quienes va a contratar, razones de mérito por sobre las razones que su propio arbitrio le dicte⁴². Por ende, esta postura no solo olvida que es el mismo legislador quien ha optado por restringir la protección de la competencia leal a determinadas modalidades de ataque, como es justamente la corrupción, sino que, además, existen altas probabilidades de que resulte errónea, o al menos excesiva, como propuesta de lege ferenda⁴³. El problema que se plantea entonces es el de justificar la sanción al encargado, debido a que resulta extraño sostener que el titular del negocio no tiene deberes de trato imparcial respecto a los competidores, pero si lo tenga su representante.

39 Véase la crítica de Feijoo Sánchez, (2016, p. 90), de acuerdo con el cual las autoras “confunden corrupción con inducción a la infracción de deberes privados (que sería lo que se acabaría protegiendo)...”.

40 Ver al respecto, por ejemplo, Gil Nobajas (2015, p. 580 y ss.).

41 Fundamental Kindhäuser (2007): “Mientras la Administración Pública está orientada al bien común y el mantenimiento de su capacidad de funcionamiento depende, por tanto, de modo esencial de que el poder de decisión no resulte influenciado indebidamente mediante ventajas, la maximización de beneficios es el principio económico de la economía privada. En este sentido, la consecución de ventajas es completamente adecuada en este ámbito...” (p. 11).

42 Llega a una conclusión similar, pero en atención a argumentos diversos, Bolea Bardón (2015, p. 11), ya que se basa principalmente en el hecho de que al administrador no se le compete asegurar o proteger la competencia leal y honesta, o que “el administrador no tiene el deber de asegurar el buen funcionamiento del mercado”.

43 En el ámbito español tal propuesta supondría partir de la base que la regulación que protege la competencia leal es obligatoria para los empresarios (la empresa) y que, por lo mismo, se podría defender un modelo puro de competencia. Ver al respecto, Navarro Frías y Melero Bosch (2011, p. 12). Así las cosas, se podría pensar que en el modelo de competencia puro podría tener cabida en la medida que, aunque el administrador no tiene deberes de protección de la competencia estaría, a través de su comportamiento desleal (debido a que no actuaría en consonancia a las obligaciones de su representado) estaría igualmente afectando la competencia. Con todo, el argumento es engañoso, porque asume que del hecho que el empresario sea el obligado de las normas que protegen la competencia, se desprende que tal deber de protección se extiende a toda ocasión, sin atender al rol que juega el empresario en la transacción de la que se trate (es decir, aunque no lo manifiestan expresamente, incluso cuando no está, en definitiva, actuando como competidor).

Corrupción entre particulares

Como bien señala Feijoo Sánchez (2016), el sujeto central en la corrupción entre particulares, al menos si se pretende comprender como un acto desleal dentro de la competencia, es el corruptor (sujeto activo de la corrupción activa), quien sería “el auténtico protagonista que atenta contra la competencia a través de la corrupción”. Sin embargo, lo anterior no impediría sancionar al representante, ya que como señala el mismo autor “es esencial para el delito de corrupción que el corrupto sea desleal con la organización para la que trabaja anteponiendo sus propios intereses de forma ilegítima, ya que ésta es la forma en que se afecta la competencia” (p. 92)⁴⁴.

El segundo problema para sostener que lo que protegían estos tipos penales es la competencia leal, era el de la inclusión de la exigencia de infracción de ciertas obligaciones, debido a que habría traído aparejado una serie de problemas interpretativos. Así, García Albero (2015, p. 558) destaca que la doctrina española cuestiona- ba aspectos de enorme importancia como, por ejemplo, el destinatario de tales obligaciones. Lo que se critica al precepto es que al parecer no quedaba claro quién tenía que incumplir con tales obligaciones, si el representante beneficiario de la ventaja o también el sujeto que entregaba la ventaja al primero (Gil Nobajas, 2015, p. 575)⁴⁵. Tal discusión no era irrelevante debido a que resultó ser fuente de varios malos entendidos. Así, por ejemplo, los argumentos que se plantean relativos a si el sujeto que ofrece o accede a otorgar la ventaja (corrupción activa) estaría incumpliendo sus obligaciones y comportándose en forma desleal para con su titular, si lo que preten- de al ofrecer tal ventaja es justamente obtener un negocio en beneficio de su empre- sa.

Por otra parte, se discutía la clase de obligaciones que debía incumplir el suje- to activo para la configuración del tipo penal, en la medida que tal requisito del tipo podía ser interpretado en diversas formas con consecuencias muy diversas. Así, po- día entenderse que bastaba la infracción de obligaciones de lealtad y “rectitud para con su principal” (García Albero, 2015, p. 558), o que lo relevante era la infracción de ciertas obligaciones legales que regularan la actividad del representante en particu- lar o, por último, la infracción de las reglas propias del Derecho de la competencia que se dirigieran a los respectivos sujetos activos. Así, por ejemplo, para cierto sector de la doctrina, la exigencia de incumplimiento de obligaciones para la adquisición y contratación de bienes y servicios podía ser interpretada en forma compatible con el modelo puro de competencia, ya que tal referencia al incumplimiento de obligacio- nes solo podía entenderse en relación con las obligaciones emanadas de la legisla-

44 Como señala el autor: “La conducta no permitida consiste en que la decisión o futura decisión en el mar- co de las competencias relativas a la compraventa de mercancías o la prestación de servicios resulta in- compatible con los deberes que se derivan de las funciones asignadas”.

45 Parece entender que se exigía en ambos casos. Tal confusión se debe, a mi entender por el hecho de que el legislador español redacta la hipótesis activa de corrupción entre particulares en forma suma- mente ambigua.

Como señala García Albero (2015), esta postura postularía que para “condenar a alguien por corrupción –tanto sea activa como pasiva- será preciso concretar en qué conducta de las definidas como competencia desleal en las leyes sobre competencia (y normativa concordante) ha incurrido el sujeto, sea oferente o aceptantes de la ventaja injustificada” (p. 561). Tal autor propone los siguientes ejemplos: “si la dádiva ha teni- do por objeto

–y ha conseguido– la ruptura de una relación comercial previa con el competidor, sin preaviso... o ha comportado una venta a pérdida, o se traduce en actos de denigración del resto de las ofertas que compiten..., etc.” Según este autor, tal interpretación podría resolver algunos problemas que no podrían ser respondidos satisfactoriamente desde otra perspectiva, como por ejemplo, el de la justificación de la equiparación del tratamiento punitivo entre corrupción activa y pasiva, que no tendría justificación alguna desde la “sola perspectiva de la infracción de deberes de fidelidad” y que las “obligaciones legales de la normativa de defensa de la competencia y competencia desleal afectan indistintamente y por igual al que compra y al que vende, al que ofrece y al que acepta”, lo que justificaría que frente a las mismas obligaciones se reaccionen con las mismas penas (García Albero, 2015, p. 562).

Con todo, tal posición supondría el mismo defecto ya detectado en relación con la tendencia a considerar un error la exclusión del titular del ámbito de los destinatarios de tal prohibición, esto es, el asumir que de la normativa extra penal emanaría un deber de trato imparcial que no estaría dirigido en estricto rigor al competidor, sino que eventualmente incluso al cliente o consumidor y, por tanto, una prohibición de preferir entre un competidor por sobre otro en razones diversas al mérito económico. Que tales disposiciones se dirijan por igual a quienes participan en el mercado, sea vendiendo o comprando, no implica que se apliquen a quienes no deben ser considerados como “competidores”.

Para cierto sector de la doctrina, esta segunda fuente de malos entendidos habría desaparecido con la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 1/2015, que elimina la exigencia típica del incumplimiento de obligaciones, ya que solo exige que el beneficio económico indebido sea recibido, solicitado o aceptado como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en determinados negocios, lo que para algunos significaría derechamente que el legislador habría optado por un sistema puro de competencia (Gil Nobajas, 2015, p. 576) 46.

46 Especialmente, para quien tal supresión parecería indicar “que, frente al confuso modelo introducido en 2010, la reforma actual trata de plasmar legislativamente un modelo puro de la competencia”. No obstante, reconoce que la nueva redacción “no disipa plenamente las dudas en cuanto al modelo de incriminación, por lo que seguirían existiendo elementos disfuncionales... En primer lugar, el mantenimiento de la

Tal forma de entender el tipo penal explicaría, como señala García Albero (2015, p. 564), que el soborno deba encontrarse en una relación estrictamente instrumental al favorecimiento indebido posterior. Una de las principales consecuencias sería la de que no serían típicos la entrega de regalos o ventajas que se ofrecen con posterioridad al perfeccionamiento de un negocio si se efectúan como agradecimiento por la selección previa⁴⁷. A su vez, tampoco serían típicos los casos de recepción de ventajas para realizar actos propios del cargo o empleo de quien recibe, o la recepción de ventajas en consideración al “cargo de quien los recibe, sin que se pretenda obtener trato de favor en procedimiento concreto de contratación o agradecer un trato pasado” (García Albero, 2015, pp. 564-565).

Por otra parte, se debe entender “favorecimiento frente a otros” como una referencia a los competidores de quien soborna o accede a entregar la ventaja indebida, por lo que deben ser excluidos los “particulares consumidores finales” (García Albero, 2015, p. 565), ya sea en la modalidad activa o pasiva del delito, ya que, como señala el autor, estos en definitiva no podrían ser considerados como “competidores”. En consecuencia, toda relación entre empresa y un consumidor particular debiera entenderse excluida del alcance del tipo penal. De acuerdo a lo señalado por el mismo autor, también debieran excluirse los casos de que se soliciten ventajas o beneficios en forma general, es decir, a todos los competidores o a todo aquel que quiera relacionarse comercialmente con la empresa, en la medida que no se configuraría el requisito de “trato discriminatorio para con el resto de los competidores” (García Albero, 2015, p. 567). Por último, quedaría excluido del tipo penal toda entrega de un beneficio, aún no autorizado por el principal, que no puedan ser entendidos como “potencialmente perjudiciales para otros competidores, como los que puedan producirse en contextos de ausencia de competencia efectiva, o aquellos en que ha de resultar en cualquier caso elegido o favorecido el oferente, por constituir la mejor oferta” (García Albero, 2015, p. 567)48.

En síntesis, y como se desprende de lo anteriormente descrito, resulta difícil que esta modalidad del delito sea entendida exclusivamente como un mecanismo

atenuación facultativa en atención a la trascendencia de las funciones del culpable, así como el hecho de que la nueva regulación sigue dejando fuera, al menos aparentemente, al titular de la empresa”. Por su parte, Santana Vega (2015), asume que la redacción actual se explica debido a que esta figura no estaría establecida “en beneficio de la empresa, sino de la competencia leal” (p. 1004). No así, para otros que sostienen que la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos hace muy difícil defender que el sistema adoptado sea el de un modelo puro de competencia. Expresamente, Bolea Bardón (2015, pp. 6-7), quien además considera argumentos relativos a un nivel de análisis diverso, esto es, la idoneidad de la competencia como para servir para legitimar la intervención del Derecho penal. 47 Es decir, solo se sancionarían los casos de “cohecho propio causal o antecedente”.

48 Acá solo interesa describir brevemente el tipo penal en comento, ya que las consecuencias que debieran extraerse de la prohibición penal de la corrupción entre particulares y la protección de la competencia económica serán abordados más adelante.

de protección de la competencia leal. Se debe tener en cuenta que el acto de corrupción se configura como una actuación incompatible con los intereses declarados por el representado (titular). Esto quiere decir, que incluso la fórmula empleada actualmente por el tipo penal español de “favorecimiento indebido” puede ser entendida en esta clave si se considera que lo relevante acá sería justamente que el representante actúe en forma inconexa a como el titular ha definido que se relacionará -y decidirá- con los terceros que compiten por relacionarse comercialmente con aquel49. Es cierto que, en la actualidad, en la mayoría de los casos las razones que deben primar para la elección entre oferentes serán las del mérito económico y no otras. Por lo mismo, si el representante, con el propósito de beneficiarse a él mismo o un tercero, decide sobre la base de otras consideraciones ajenas al mérito actúa en forma corrupta. Este tipo penal protegería, así, la competencia en forma indirecta. La pregunta es si bastaría para la

sanción tal relación indirecta o mediata con el interés protegido o si se requiere algún plus adicional de injusto para poder predicar la lesividad del mismo.

Por lo mismo, se ha sostenido que esta modalidad del delito se debe entender como un caso de “delincuencia en la empresa” (en contraposición a los casos de delincuencia de la empresa), es decir, un delito cometido contra los intereses de la misma⁵⁰. Es por tal motivo que se ha señalado que para el caso en que el representante termine escogiendo la mejor oferta para la compañía que representa (desde una perspectiva económica) no estaríamos frente a un acto de corrupción en la medida que no actuaría en contra de los intereses de este último⁵¹.

Incluso si el tipo penal omite la referencia al “incumplimiento de obligaciones”, como lo ha efectuado el legislador español, resulta dudoso que estos casos puedan ser entendidos como de “favorecimiento indebido”. Con todo, debe reconocerse que este ámbito es bastante problemático, ya que, al mismo tiempo el tipo penal no exige que se perjudique los intereses patrimoniales de la empresa, y para quienes se trata de mera protección de la competencia leal podría no tener sentido la referencia a la afectación de intereses del representado por el sobornado⁵². Sin embargo, no puede desconocerse que si bien es cierto se protege la competencia, este tipo penal ve limitadas sus posibilidades de protección a lo que se entienda por un acto de co-

49 En forma similar, Bolea Bardón (2015, p. 16).

50 Al respecto, Bolea Bardón (2015, p. 10), utilizando la ya conocida fórmula acuñada por Bernard Schünemann.

51 Al respecto, Bolea Bardón (2013, p. 14). Incluso luego de la modificación operada por LO 1/2015 la situación sería la misma para esta autora. Así, Bolea Bardón (2015), señala para el caso de la obtención de comisiones por parte del representante, que “...el injusto propio del delito de corrupción privada surge de la toma de decisión no razonable a favor de una determinada opción (peor oferta seguida de una comisión). Por tanto, hay delito cuando no se puede explicar en términos de racionalidad económica la decisión a favor del producto que representa una peor opción en el mercado...”(p. 8).

52 Al punto que, por ejemplo, Blanco Cordero (2015, p. 545), señala que tras la modificación sería completamente irrelevante para la configuración del tipo penal el consentimiento posterior del titular, por lo que igualmente en estos casos habría delito (no así antes de la reforma debido a la inclusión dentro de los elementos del “incumplimiento de las obligaciones”).

rrupción, por lo que parece imprescindible constatar la actuación en contra de los intereses del titular o principal.

Por tal motivo, uno de los espacios donde más cuidado debiera tener el legislador a la hora de criminalizar esta conducta estaría dada por la consideración de algunas fuentes de malos entendidos que la redacción del tipo podría producir. Uno de los más relevantes dice relación con la eventual exigencia de que, desde el punto de vista de la sanción del representante sobornado se exija o no perjuicio (o peligro de perjuicio) patrimonial para el principal. Las opciones que se presentan son de dos clases. O se asume que se trata de un delito que busca proteger la competencia leal y se entiende que la justificación de la sanción al representante corrupto se debe a que es imprescindible para que tal protección sea efectiva (Feijoo Sánchez, 2016, p. 90), o se reconoce que esta modalidad se trata de un delito diverso al del tipo penal que sanciona al competidor

que soborna (o acepta pagar el soborno) y se vincula con la protección de intereses patrimoniales del titular y se tipifica, así, derechamente una modalidad de administración desleal de patrimonio ajeno. En todo caso se debe reconocer que, aunque se opte por un tipo penal que proteja la competencia, aún en esta modalidad, solo podrá hacerlo a través de conductas que puedan considerarse como actos de corrupción en los negocios y, por tanto, de casos en que se constate el abuso del poder decisorio por parte del representante⁵³.

En relación con lo anterior, y si al menos se pretende seguir hablando de un delito de “corrupción” -aunque sea en el contexto de relaciones entre particulares-, no parece correcto sostener que la omisión de la inclusión del titular como sujeto activo del delito deba ser considerada como un error o descuido del legislador. Aún más, como se señaló anteriormente, incluir al titular como sujeto activo podría terminar expandiendo el tipo penal a conductas que en definitiva no se tratarían de actos de corrupción, sino que más bien a casos que afectarían exclusivamente reglas de eficiencia de las interacciones económicas. Si algún sentido tiene decir que se protege la competencia leal, incluso sancionando al representante, es porque se entiende que este último debe actuar en pos de la satisfacción de los intereses económicos del representado y que, para tales efectos, debe decidir de acuerdo al mérito económico de sus oferentes y no sobre la base de su propio provecho a costa del principal.

A su vez, y ahora desde la perspectiva de lo que han denominado como corrupción activa, cobra todo sentido concebir la prohibición como un verdadero caso de competencia desleal, en la medida que el hecho de pretender ser elegido en favor

53 Por eso parece especialmente interesante la discusión que se ha dado en el ámbito español relativa al pago de comisiones al representante por parte del competidor, y que no todos los casos pueden ser entendidos como actos de corrupción. Sin embargo, en atención a su propia forma de entender este delito, Bolea Bardón (2015) señala: “De modo que únicamente cuando la conducta de favorecimiento vulneradora de las reglas de la libre competencia es idónea para perjudicar los intereses de la empresa para la que trabaja el corrompido, cabe apreciar el delito...” (p. 15).

De otros competidores a través de un beneficio indebido debe ser entendido, en todo caso, como una forma de competencia desleal, es decir, toda aquella forma de obtener un cliente, o imponerse por sobre los competidores, sobre la base de razones diversas a las del propio mérito económico⁵⁴.

Con todo, es imposible delimitar qué es lo que escaparía del propio mérito económico si no se atiende a las propias reglas del juego que caracterizan el tipo de interacción de la que se trate. Por eso se comprende además que, en el ámbito comparado, uno de los principales problemas que se hayan presentado en el ámbito de la corrupción en los negocios diga relación con la determinación de si ciertos pagos efectuados en el marco de éstos deben ser entendidos como un acto de corrupción o única y exclusivamente como “contactos sociales permitidos” ⁵⁵, así, por ejemplo, un gasto hecho de buena fe como una muestra de hospitalidad o para efectos promocionales⁵⁶.

Al respecto, conviene considerar nuevamente la experiencia del Reino Unido y atender a lo establecido por el Ministerio de Justicia en una serie de directrices para la aplicación de la Bribery Act (2010). Así, se reconoce que para que un caso de “hos-

pitalidad” sea considerado soborno se debiera demostrar que tal gasto fue efectuado con el principal propósito de inducir al beneficiario a vulnerar las expectativas de actuación de buena fe, en forma imparcial, o de acuerdo a su posición de confianza, lo que debe ser juzgado de acuerdo al criterio de la “persona razonable del Reino Unido” ya descrito.

Lo mismo sucedería con los gastos en promoción o marketing, esto es, aquellos que tengan por objeto mejorar la imagen de la organización comercial o que estén dirigidos a presentar sus productos o servicios o a establecer relaciones comerciales cordiales, los que son entendidos y reconocidos como parte importante de los negocios, por lo que, de acuerdo a las directrices señaladas, no debieran ser entendidos como actos prohibidos por la Bribery Act (2010). Con todo, Bean y MacGuidwin (2013, p. 16) señalan que, en realidad, tales directrices no aportan ningún criterio útil para diferenciar casos que deban ser entendidos como actos de corrupción de otros que no, ya que no se entregarían criterios rectores para definir qué debe entenderse por legítimo y tampoco cuándo entender que la ventaja ofrecida o entregada tiene

54 Al respecto, Bolea Bardón (2015, p. 15), para quien cobraría especial relevancia la figura de la “inducción a la infracción contractual por parte de empleados de otra sociedad”. Respecto al concepto de deslealtad en la competencia ver, Contreras Blanco (2012, pp. 22-27).

55 Ver al respecto Feijoo Sánchez (2016), el que excluye, en primer lugar, los casos en que los beneficios o ventajas “carezcan de idoneidad desde una perspectiva intersubjetiva para influir en una decisión comercial” (p. 95).

56 Al respecto resulta sumamente útil remitirse también al desarrollo, en el ámbito estadounidense, de las FCPA. Éstas contienen entre las posibilidades de defensa para los acusados el sostener que el pago, en definitiva, fue efectuado de buena fe. Esto implica que los gastos efectuados debieran ser considerados como razonables y efectuados de buena fe con el objeto de promocionar, demostrar o explicar productos o servicios. Ver al respecto, (Carnevali Rodríguez y Artaza Varela, 2016, p. 80 y ss).

por propósito asegurar una ventaja en los negocios⁵⁷. A su vez, de la discusión propia de este medio también parece que existieran dudas acerca de que solo se requiera esta conexión entre lo ofrecido y la intención de obtener una ventaja, ya que tal ventaja debiera entenderse, a su vez, como una ventaja indebida en el marco de las relaciones comerciales, es decir, se debe entender como una forma de influir indebidamente en quien recibe tal beneficio (Bean y MacGuidwin, 2013, p.16).

Se ha reconocido así que no es fácil determinar cuál sería el límite entre la “hospitalidad generosa” y el soborno como conducta delictiva, ya que en definitiva es evidente que los gastos en hospitalidad son generalmente efectuados con el propósito de influir en la toma de decisiones en los negocios, lo que no implica que deban considerarse necesariamente indebidos en la medida que no puedan ser entendidos como idóneos para influir para que la contraparte actúe en forma incorrecta Dunst, Diamant, y Kung (2011, p. 277). Las directrices emanadas del Ministerio de Justicia del Reino Unido solo aportarían el dato de que tal definición dependería siempre del contexto en el que se efectúen, para lo cual debiera considerarse, por ejemplo, la clase y envergadura de la ventaja ofrecida, la forma y la manera en que es suministrada, el nivel de influencia que puede tener el funcionario al que se le otorga, lo fastuoso que pueda resultar el gasto y las normas o el estándar en esta clase de gastos en el sector del que se trate (Dunst, Diamant, y Kung, 2011, p. 277).

Como ya se ha señalado con anterioridad, este problema debiera ser resuelto desde la misma estructura de un acto de competencia desleal (y de corrupción simultánea por parte del representante sobornado). Por lo mismo, no puede ser entendido como competencia desleal (y corrupción) todo aquel gasto cuyo sentido, desde los parámetros propios de la interacción económica de la que se trate, sea permitir que el encargado decida en forma correcta teniendo a la vista toda la información relevante para tales efectos. Así, por ejemplo, los gastos necesarios para un conocimiento acabado del producto o su producción no debieran ser entendidos como un caso de deslealtad en la competencia, en la medida que no se desmarquen de la pretensión de obtener el negocio en base al mérito económico y, al mismo tiempo, la decisión por parte del encargado sobre la base de tales razones, no resultaría incompatible con los intereses de su representado.

En este sentido, lo que podría resultar más problemático, sin lugar a dudas, serían los denominados como gastos de hospitalidad. Se debe tener en cuenta, en primer lugar, que dentro del concepto de mérito económico se debe incluir, también,

57 Por lo mismo, en el ámbito estadounidense se ha reconocido también que esta defensa resulta sumamente difusa, ya que no resulta sencillo determinar cuándo los gastos efectuados para generar relaciones comerciales o beneficios futuros se transformarían en un soborno. Al respecto, Shingler (2013, p. 551). Ver también Pacinil (2012, p. 572), quien a través del análisis de casos da cuenta de ciertos criterios que resultan de utilidad para determinar cuándo un pago debe ser considerado razonable. La sustentabilidad de las relaciones económicas a futuro y, por tanto, también las relaciones adecuadas entre las partes. Con todo, es evidente que en este ámbito resulta sumamente difícil delimitar qué es un pago de hospitalidad frente al que pueda ser considerado como un soborno. Para tales efectos, no queda otra alternativa que atender a la razonabilidad del pago dentro del contexto en particular y las reglas del juego que se han generado en tal ámbito. Por ende, todo pago de hospitalidad debe entenderse también en relación con el desarrollo de un negocio (futuro u actual) y en la medida que ya no pueda predicarse de éste ninguna vinculación razonable con el mismo, se podría entender ya como un caso de deslealtad en la competencia.

Sin embargo, lo anterior no significa que la conducta sea por este solo hecho punible, ya que acá se puede identificar, nuevamente, un último espacio de fuentes de malos entendidos que pueden surgir de este delito, de acuerdo a como se encuentre redactado. El problema que se presenta ahora es determinar qué sucede en los casos que desde la perspectiva de la conducta del competidor que soborna se pueda entender, sin duda alguna, como un caso de competencia desleal (piénsese en casos de gastos desmedidos en hospitalidad, o pagos de becas educacionales, gastos en entretenimiento, etc.) pero que, al mismo tiempo, no pueda ser considerado, ahora desde la perspectiva de la conducta del sobornado, como un acto contrario a los intereses del principal porque, en definitiva, resulta que igualmente se trata de la mejor oferta para éste último y el gasto respectivo ha corrido por cuenta del competidor y no en desmedro de los intereses patrimoniales de la empresa.

Con esto se quiere decir que un proceso adecuado de discusión de la criminalización de tales conductas obligaría a considerar esta situación y a determinar, previamente, si

se pretende introducir dos tipos penales autónomos o si resultan tipos penales relacionados entre sí de tal forma que solo resulta sancionable la conducta del competidor que soborna si al mismo tiempo resultaría punible (en su caso) la aceptación por parte del representante sobornado, por tanto, si se trata de un acto de corrupción desde tal perspectiva.

CONCLUSIONES

A la hora de analizar la necesidad de criminalizar lo que se conoce como corrupción entre particulares no basta con partir de la base de la mera constatación de que esta conducta también puede afectar intereses de relevancia jurídico penal. Para hacerlo en forma adecuada se debe partir de la distinción fundamental entre dos clases de intereses que podrían verse afectados por tales actos de corrupción. En primer lugar, nos enfrentamos a casos en que éstas resultarían idóneas para afectar los mismos intereses que los protegidos a través de los tipos penales a través de los cuales se enfrenta al soborno en el sector público, debido a que en tales supuestos y, como se pudo observar, también estarían en juego la vigencia de expectativas de trato imparcial en el desarrollo de actividades o prestación de servicios revestidos de una evidente dimensión pública. Por otra parte, y, en segundo lugar, se constató que esta conducta podía afectar intereses sumamente diversos vinculados, más bien, a la protección de condiciones adecuadas de lealtad en la competencia para el desarrollo de los negocios.

Por lo mismo, y tomando en cuenta la importancia de la claridad del bien jurídico protegido para efectos de interpretación de las normas de comportamiento en sede penal, no parece conveniente la criminalización de la corrupción entre particulares en un único tipo penal sin efectuar la distinción anteriormente planteada. Una de las principales razones es que cuando hablamos de corrupción privada con dimensión pública los límites a la criminalización provenientes de las exigencias de la toma de decisiones incompatibles con los intereses que se representan son muy distintas a los casos en que están en juego intereses de carácter económico. Así, por ejemplo, se comprende la necesidad de verificar que el representante actúe en contra de los intereses patrimoniales de su representado en el segundo supuesto, pero, en modo alguno, en el primero.

Como se pudo apreciar, resulta especialmente problemática la toma de decisiones relativas a la forma y límites asociados a la protección de la competencia leal de los actos de corrupción entre particulares. Como se pudo apreciar, si no se identifica adecuadamente la forma de agresión (corrupción) de los intereses protegidos, es sumamente probable que se puedan potenciar malos entendidos en sede de interpretación de los tipos penales respectivos. Así, por ejemplo, la tendencia a pretender transformar esta figura en una especie de atentado general contra la competencia leal, dirigiendo deberes de imparcialidad en la toma de decisiones incluso al titular del negocio del representante sobornado que no tendrían, al menos en nuestro país, respaldo extra penal alguno.

De esta forma se constata la complejidad del asunto que se discute en la actualidad y que tiene un impacto directo en la extensión de la prohibición que emana de tales tipos penales. Por una parte, se debe definir, desde la perspectiva de la conducta del sobornador qué tipo de conductas se entienden como casos de competencia desleal,

por tanto, de pago de beneficios considerados como indebidos, ya que escapan a lo que se entiende como mérito económico. Para tales efectos se debiera recurrir a valoraciones propias de la institución que la caracteriza, esto es, la competencia desleal, con el propósito, por ejemplo, de abordar adecuadamente supuestos problemáticos como los de gastos de hospitalidad, de promoción de productos o, por último, de supuestos que no sean idóneos para producir efectos relevantes para eventuales competidores.

Por otra parte, resulta de suma importancia que de la redacción del tipo penal se denote que no cualquier caso de competencia desleal en la forma de un pago indebido (desde el punto de vista de la conducta del sobornador) resulte merecedor de pena, debido a la exigencia de que se trate, al mismo tiempo de un acto de corrupción desde la perspectiva del sobornado. Por lo mismo, se debe determinar qué clase de decisiones adoptadas por el representante del titular, mediadas por la entrega del tal beneficio, deben ser comprendidas como incompatibles con los intereses del titular y el papel que debe jugar ahí la constatación de la afectación de intereses patrimoniales de este último.

Agradecimientos

El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT N° 1150148 titulado “Corrupción y actividad empresarial. Análisis conceptual para una nueva sistematización”, cuyo investigador responsable es el Dr. Raúl Carnevali Rodríguez. Se agradece la colaboración de los Sres. Ayudantes Germán Acevedo Mundaca, Luciano Rojas Morán y Ricardo Mendoza Tapia, por sus valiosos aportes en el desarrollo del artículo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Artaza Varela, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, 11(21), 307–339. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992016000100011>
- Bean, B. y MacGuidwin, E. (2013). Unscrewing the inscrutable: the UK bribery act 2010. *Indiana international & comparative law review*, 23(1), 63-109. Recuperado de <https://bit.ly/319j16V>
- Blanco Cordero, I. (2015). Delitos de corrupción en los negocios: (artículos 286 bis a 286 quater). En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al código penal* (Vol. 3, pp. 539–560). Pamplona: Aranzadi.
- Bolea Bardón, C. (2013). El delito de corrupción privada. El bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *InDret*, 13(2), 1- 29. Recuperado de <https://bit.ly/33mJrU5>
- Bolea Bardón, C. (2015). Deberes del administrador y prácticas de kick-back. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (17), 17-17. Recuperado de <https://bit.ly/1UDIGk2>

Corrupción entre particulares

- Boles, J. (2014). The two faces of bribery: international corruption pathways meet conflicting legislative regimes. *Michigan journal of international law*, 35(4), 673-713. Recuperado de <https://bit.ly/2M3TyHt>
- Carnevali Rodríguez, R. y Artaza Varela, O. (2016). La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. *Desafíos para el derecho penal. Ius et praxis*, 22(2), 53-90. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122016000200003>.
- Chile, Cámara de diputados. (2018). Tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios, *Boletín*, (10155-07). Recuperado de <https://bit.ly/2B4Pwsc>
- Chile, Ministerio de Justicia. (1874). Código penal. Recuperado de <http://bcn.cl/1uvs0>
- Clark, S. (2013). New solutions to the age-old problem of private-sector bribery. *Minnesota law review*, 97(6), 2285-2319. Recuperado de <http://bit.ly/331TRn0>
- Contreras Blanco, Ó. (2012). La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena. Santiago: Eds. Universidad Católica de Chile.
- De la Cuesta Arzamendi, J. y Blanco Cordero, I. (2002). La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente en el derecho penal español?. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir* (pp. 257-290). Madrid: Tecnos.
- Díez Ripollés, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.
- Dunst, L., Diamant, M., Kung, T. (2011). Hot off the press: resetting the global anti-corruption thermostat to the UK bribery act. *Business law international*, 12(3), 257-292. Recuperado de <http://bit.ly/2nEuSfs>
- Encinar del Pozo, M. Á. (2016). *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Navarra: Aranzadi.
- España, Jefatura del Estado. (1995). Código penal. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://bit.ly/2Tx5gLA>
- Fabián Caparros, E. (2010). La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997 (aspectos sustantivos). En J. E. Cheyre, J. M. Olivares Tramón, N. Rodríguez García (Coord.), *Chile en el Club de los países desarrollados*. Santiago: CEIUC. Recuperado de <http://bit.ly/2OBvKpK>
- Feijoo Sánchez, B. (2016). *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*. Buenos Aires: B de F.
- Fletcher, G. P. (2006) *Lo justo y lo razonable*. (F. Muñoz Conde y P. Busato, Trads.). Buenos Aires: Hammurabi.

- García Albero, R. (2015) Corrupción en los negocios y modificación del cohecho. En G. Quintero Olivares, (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015. Pamplona: Aranzadi.
- Gil Nobajas, M. S. (2015). El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. *Estudios penales y criminológicos*, 35, 567-624. Recuperado de <http://bit.ly/2MzI9hT>
- Gil Pascual, A. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del código penal según el proyecto de reforma de 2007, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (09), 09-13. Recuperado de <http://bit.ly/2M62IU7>
- Green, S. (2013). Official and commercial bribery: should they be distinguished?. En J. Horder, P. Alldridge, (Eds.), *Modern bribery law, comparative perspectives* (pp. 66-94). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139088398>.
- Heine, G. (2003). Comparative analysis. En G. Heine, B. Huber y T. Rose (Eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures* (Vol. S. 94, pp. 603-656). Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim. Recuperado de <http://bit.ly/318BArE>
- Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. *Los delitos de corrupción en el código penal alemán*, *Política Criminal*, 1(3), 1-18. Recuperado de <https://bit.ly/2II97CH>
- The Law Commission. (2007). *Reforming bribery. A consultation paper* (Vol. 185). London: Law Commission. Recuperado de <https://bit.ly/312NhQN>
- The Law Commission. (2008) *Reforming Bribery* (Vol. 313). London: House of Commons. Recuperado de <https://bit.ly/2IHQZJj>
- Mukwiri, J. (2015). British law on corporate bribery. *Journal of financial crime*, 22(1), 16-27. <https://doi.org/10.1108/JFC-12-2013-0072>
- Navarro Frías, I. y Melero Bosch, L. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. *Indret*, 11(4), 1-40. Recuperado de <https://bit.ly/2rBRif7>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito [UNODC]. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Viena: Naciones Unidas. Recuperado de <https://bit.ly/2oN8w5S>
- Oliver, G. (2003). Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (ley N° 19.829 de 1999). *Revista chilena de derecho*, 30(1), 39-53. Recuperado de <https://bit.ly/2IHXCLp>

- Pacini, C. (2012). The foreign corrupt practices act: taking a bite out of bribery in international business transactions. *Fordham journal of corporate & financial law*, 17(2), 545-589. Recuperado de <https://bit.ly/2q0obFa>
- Paredes Castañón, J. M. (2013). *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte Especial (2a ed.)*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Puente Aba, L. M. (2015). *Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)*. En J. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Collao, L. y Ossandón Widow, M. (2008) *Delitos contra la función pública (2a ed.)*, Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Rose, T. (2003). Introduction. En G. Heine, B. Huber y T. Rose (Eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures (Vol. S. 94, pp. 1-8)*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim. Recuperado de <http://bit.ly/318BArE>
- Santana Vega, D. (2015). Sección 4ª. De la corrupción entre particulares. En M. Corcoy Bidasolo, y S. Mir Puig (Dir.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Shingler, E.(2013). The foreign corrupt practices act: a new approach to the reasonable and bona fide expenditure defense. *The Brooklyn journal corporate financial & commercial law*, 7(2), 537-560. Recuperado de <https://bit.ly/31c39k5>
- Silva Sánchez, J. M. y Robles Planas, R. y Gómez-Jara, C. (2011). El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis). En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley.
- Tiedemann, K. (2010). *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. (H. Hernández Basualto, Trad.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- United Kingdom, Ministry of Defence Police Force. (2010). *Bribery act*. London: The Stationery Office Limited. Recuperado de <https://bit.ly/1FIc0c7>
- Vega Gutiérrez, J. (2013). *Mercado de valores en derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- Warin, F., Falconer, C. y Diamant, M. (2010). The British are coming!: changes its law on foreign bribery and joins the international fight against corruption. *Texas International Law Journal*, 46(1), 1-72. Recuperado de <https://bit.ly/2B5UIw>