

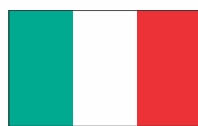
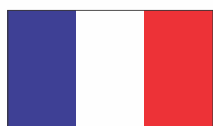
# REVISTA

## ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 3, n. 3 (set.-dez. 2022)



Neste número:





# REVISTA

# ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714  
Volume 3, número 3 (set.-dez. 2022)

#### **Fundadores**

Professor Doutor Richardson Xavier Brant  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

#### **Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2022

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 3, n. 3, set.-dez. 2022)  
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

### **Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

#### **Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

#### **Conselho Editorial**

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.	Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret – Universitat de Girona - Girona, Espanha.
Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris, France.	Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.
Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, Espanha.	Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.
Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.	Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.
Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, Espanha.	Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, Espanha.
Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.	Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.
Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, Espanha.	

#### **Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

#### **Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa**

Maria Rodrigues Mendes

#### **Ficha Catalográfica**

---

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 3, n.º 3. Montes Claros/MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2022.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

---

**Catálogo:** Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

#### **ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos

(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):

revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre  
Contents  
Crynodeb  
Kokkuvõte  
Қорытынды  
Kopsavilkums  
Összefoglalás  
Overzicht  
Özet  
Përmbledhje  
Резиме  
Резюме  
Podsumowanie  
Povzetek  
РЭЗИУМЭ  
Resum  
Resumé  
Resumen  
Rezumat  
Sammanfattning  
Sammendrag  
Santrauka  
Sažetak  
Sommaire  
Sommario  
Sommarju  
Souhrn  
Summary  
Yfirlit  
Yhteenvedo  
Zhrnutie  
Zusammenfassung  
Περίληψη

# SUMMARIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	6
<b>DOUTORADO</b>	
<b>Carmen Grau Pineda</b> La brecha de género en las pensiones en España: estado de la cuestión.....	18
<b>Claudia Madrid Martínez</b> Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela...	34
<b>Duarte Rodrigues Nunes</b> Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor?.....	65
<b>Luis Eduardo Rey Vázquez</b> El debido proceso administrative.....	108
<b>Marcelo A. Riquert</b> Inteligencia artificial, falsas noticias y discursos de odio: entre la libertad de expresión y la persecución penal.....	180
<b>Mark A. Lemley</b> The Splinternet.....	198
<b>Nikos Passas</b> Covid-19, quality of governance and institutional corruption.....	231
<b>Paulo Ferreira da Cunha</b> O constitucionalismo do futuro ou dos futuros do constitucionalismo.....	251
<b>Pietro Sorbello</b> I diritti fondamentali come limite alla politica criminale: considerazioni sull'incidenza dell'ordinamento europeo sul diritto sanzionatorio italiano.....	268
<b>Rafael Domingo Osle</b> Por que a espiritualidade é importante para o direito: uma explicação.....	296
<b>Vitor Luís de Almeida</b> O impacto do julgamento do IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001 na análise da promoção por escolaridade adicional de policiais penais do Estado de Minas Gerais	331
<b>Yves Lassard</b> Droit coutumier familial haïtien: un heritage pluriseculaire.....	347
<b>MESTRADO</b>	
<b>Waldir de Pinho Veloso</b> Modificações capitais na lei dos registros públicos, feitas pela lei 14.382, de 27-6-2022.....	386
<b>ESTUDOS CONTINUADOS</b>	
<b>Adela Perez del Viso</b> Derechos de las mujeres a acceder a puestos de jerarquía y autoridad en las organizaciones religiosas.....	416
<b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO</b> .....	430

Cyflwyniad  
Cur i Láthair  
Bemutatás  
Erindi  
Esittely  
Ettekanne  
Præsentation  
Präsentation  
Predstavenie  
Predstavitev  
Presentació  
Presentación  
Presentatie  
Presentation  
Présentation  
Presentatioun  
Presentasjon  
Presentazione  
Prezantim  
Prezentace  
Prezentacija  
Prezentācija  
Prezentacja  
Prezentare  
Prezentazzjoni  
Pristatymas  
Sunum  
Taisbeanadh  
Тұсаукесер  
Παρουσίαση  
Презентација  
Презентация  
Презентація  
Прэзентацыя  
Представяне

APRESENTAÇÃO

O ano civil representa uma oportunidade para um balanço, uma conferência, uma confirmação. Essa análise pode levar à conclusão do devido cumprimento das obrigações. Pode, por outro lado, apontar a necessidade de recolar nos trilhos uma trajetória torta, sinistra, apegada às bandalheiras.

Para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o ano de 2022 foi a consolidação. Foi a confirmação de que, de fato, a dimensão que ultrapassa os Continentes está galvanizada, está constituída em frio ferro, e brilha com o cromo aplicado, cuidadosamente sobre esse metal.

A chegada ao terceiro número do volume 3 coloca a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** entre as publicações consideradas longevas, em termos de Brasil. Obviamente, não compara com publicações seculares que existem na Europa. Mas, o século é composto pelo primeiro ano. E a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** já está dando o primeiro passo rumo ao quarto ano.

Nesta publicação, aos costumes, são apresentadas as Seções e, dentro de cada uma delas, os autores figuram em ordem alfabética.

## DOUTORADO

ESPAÑA. Quando uma pesquisa envolve dados estatísticos, a atualização é importante. Estudos carcomidos pelo tempo não guardam importância, quando se quer comparação com o tempo atual. Diante desse sistema, a **Professora Doutora Carmen Grau Pineda**, da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha, utilizou de dados estatísticos de até outubro de 2022. Mesmo quando os dados são do ano de 2021, a tabulação oficial se deu no ano de 2022. O artigo está, destarte, atualizadíssimo. O título é “La Brecha de Género en las Pensiones en España: Estado de la Cuestión”. O texto mostra a realidade de que, durante o tempo de atividade profissional, as mulheres vêm

percebendo salários muito menores do que os homens. E, sobre os valores dos salários, há a contribuição para com a previdência social. Por consequência, o valor percebido a título de aposentadoria (jubilação), pelas mulheres, também se tornam muito menores do que o valor da aposentadoria dos homens. É uma função causa-efeito que se torna permanente. A desigualdade ou diferença (brecha) entre a remuneração, em razão de gênero, mereceu estudo atualizado dessa Professora que é autora de livro – de sucesso em toda a Espanha e nos países europeus e os demais países de Língua Espanhola – sobre o tema. O artigo ora publicado é um trabalho científico a ser lido e estudado com a alegria de ter em mãos dados tão importantes e atualizados, mas com a tristeza da realidade de que há remuneração diferenciada entre homens e mulheres não por causa da qualidade e quantidade de trabalho desenvolvido, mas apenas por discriminação que tem origem milenar.

VENEZUELA. Há textos jurídicos que precisam, de fato, correr o mundo. Algumas vezes, pelo ineditismo do tema, valendo tanto quanto um ensaio. Outras vezes, por particularidades locais que interessam ao global. O artigo (denominado “Algunos Comentarios Sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Venezuela”) de autoria da **Professora Doutora Claudia Madrid Martínez** – venezuelana que atua na Colômbia e na Antioquia – faz referência à história à arbitragem judicial e extrajudicial na Venezuela, anotando que a primeira norma que reconheceu o sistema extrajudicial de mediação de conflitos tem data de 1830. E foi norma inserta diretamente na Constituição de 1830, conservada na Constituição de 1857 e sendo mantida até a atual Constituição em vigor, de 1999. O “Código de Procedimiento Civil” de 1897 trouxe mais detalhes, indicando os momentos em que a arbitragem pode ter lugar, mesmo após o início dos conflitos processuais, e traçando rotas para a homologação das decisões arbitrais. Para especificar a norma constitucional – normalmente, um artigo somente – houve a edição da “Ley de Arbitraje Comercial” em 1998. Por força do reconhecimento da arbitragem como procedimento extrajudicial de solução de conflitos, algumas vezes já foi acionado o Tribunal Superior. Em um estudo minucioso, recheado de suporte em doutrina e em decisões do “Tribunal Supremo de Justicia”, a autora vai muito mais do que à história, ao mostrar casos e decisões, ensinamentos e procedimentos, problemas que resultaram em discussões e suas correspondentes soluções. Motivo especial para que o tema seja interessante para diversos operadores do Direito de todo o mundo: o foco é a arbitragem comercial internacional, a partir da Venezuela. Estudiosa do tema, a autora também indica, de forma oblíqua, leituras especializadas no segmento, não somente do Direito venezuelano, como também há referência de obras, sobre o assunto, de autores de outras partes do mundo.

PORTUGAL. O **Professor Doutor Duarte Rodrigues Nunes** atuou como Juiz de Direito em Portugal do ano de 2005 até meio de 2022. Nessa oportunidade,



a seu pedido, exonerou-se da função judicante para passar a atuar apenas como Professor Universitário. É que, em Portugal o Juiz de Direito não pode lecionar ou exercer outra função, o que se configura diferentemente do Brasil, no qual o Magistrado pode lecionar. Atualmente, é Professor Universitário na Universidade Europeia e Universidade Lusíada de Angola, além de Investigador/Pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O seu texto é a modernidade em si, pois fala dos metadados, ou “de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações”. A análise tem por base inicial uma Lei portuguesa de 2008, que foi elaborada em consonância com a Diretiva 2006/24/CE, do Tribunal de Justiça da União Europeia. À luz da Constituição da República Portuguesa e do Código Penal e do Código de Processo Penal, várias discussões foram levadas a efeito. Depois de muitas decisões dos Tribunais regionais e do Supremo Tribunal de Justiça (de Portugal), o Tribunal Constitucional (também de Portugal) editou o Acórdão 268/2022, recentíssimo. Esse Acórdão consolidou, em nível nacional português, a aplicação da Lei (portuguesa) 32/2008 e da Diretiva 2006/24/CE, do Tribunal de Justiça da União Europeia, em solo português. Para tal, declarou algumas inconstitucionalidades locais, para abraçar as determinações da União Europeia. Considerando que o foco central são os metadados, a análise profunda é acerca do armazenamento de dados por empresas de comunicação e também o arquivamento – e por quanto tempo – dos dados das pessoas suspeitas, investigadas ou condenadas por crimes. São discussões mais do que atuais, pois integram o campo dos Direitos Humanos – até mesmo o “direito ao esquecimento” – mas sem deixar vulnerável o Poder Judiciário, especialmente em dois casos: quando a investigação começa em uma época e a condenação somente sai tempos após; e quando há possibilidade de rediscussão da causa, em outra seara ou instância do Poder Judiciário. Em ambas as oportunidades, os dados das pessoas envolvidas na discussão judicial não podem ser apagados, sob pena de faltarem os elementos de prova para a decisão (em primeira instância ou em nível de recursos, incluindo os recursos ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que ultrapassa os limites dos países nos quais os crimes supostamente foram cometidos).

ARGENTINA. Um dos notáveis juristas da Argentina é o **Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez**. Magistrado que exerce a Presidência do Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Província argentina, tem o correspondente no Brasil o cargo de um Tribunal de Justiça de um Estado-membro. É também presidente do Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes, Argentina. A sua área de estudos específicos é o Direito Administrativo. E, para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, escreveu o longo e valioso artigo denominado “El Debido Proceso Administrativo”. O tema é, como anuncia o título, o devido processo legal no âmbito do Direito Administrativo, judicial e extrajudicial. A pesquisa se deu com análise das decisões dos Tribunais argentinos

(os regionais, em cada Província, ou a Corte Suprema, de atuação nacional) e também nos Tribunais interamericanos. E, considerando que durante o período de pandemia (COVID-19) houve diferenciação nos julgamentos (de presenciais, passaram a ser virtuais, por exemplo), também esse período recebeu atenção do estudo. A atualidade se dá, também, pelas decisões recentes dos Tribunais Internacionais, a respeito de causas em julgamento em instância que ultrapassa as fronteiras. A fundamentação se dá nas leis e na jurisprudência argentinas, e nas decisões das Cortes Internacionais. E, também, em renomados autores de vários países. O artigo se apresenta como um estudo praticamente obrigatório aos operadores do Direito Internacional e do Direito Administrativo.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Marcelo A. Riquert** tem conhecimentos da área de tecnologia da inteligência (inteligência artificial) e, além de autor de livros individuais, é também Diretor (coordenador) de livros (no plural) sobre a aliança do Direito Penal com a informática. O seu artigo “Inteligencia Artificial, Falsas Noticias y Discursos de Odio: entre la Libertad de Expresión y la Persecución Penal” é o máximo que se pode dizer de um texto atual. As denominadas “fakes news”, em época de comunicação social ampla, por meio das redes sociais, têm marcado os momentos de disputas eleitorais. Há, da parte de tantos concorrentes aos cargos políticos, a criação dos denominados “gabinetes do ódio”, especializados em criar notícias falsas envolvendo os adversários políticos, e difundir tais notícias, em velocidade descomunal. A atualidade também está presentemente demonstrada nas fontes de pesquisas: poucas são as obras publicadas, utilizadas como fundamento jurídico do artigo ora publicado, que têm mais de dois anos de divulgação. Um texto dominado pela modernidade também pelos temas. O artigo discute a liberdade de expressão, mas destacando que, em contrapartida ao direito de divulgação das ideias, há também o direito de o destinatário não ser enganado com informações falsas. Fala, até mesmo pela especialidade do autor, sobre a questão penal frente ao criador e ao divulgador (repassador, às vezes, até por inocência ou desconhecimento) das notícias falsas. E como a persecução penal pode alcançar os infratores, considerando o vastíssimo mundo da rede mundial de computadores. Há que se considerar, também, que muitas vezes, em nome do combate às notícias falsas, há censura. Logo, o que o poder democrático permite (a liberdade de expressão) é, várias vezes, cortado (o que é inconstitucional e fere ou viola dos direitos individuais, personalíssimos e humanos) pelos censores de toda ordem.

ESTADOS UNIDOS. Poucos têm dúvidas de que o **Professor Doutor Mark A. Lemley**, da Universidade de Stanford, é um dos maiores especialistas do mundo quando se trata de discussão de direitos autorais em tempos de rede mundial de computadores. No artigo “The Splinternet”, o autor fala mais do que o tema dos direitos autorais. Faz referências aos controles, por parte dos Governos, das comunicações sociais e sobre as formas não democráticas de controle, com

retirada do ar de páginas, blogs e notícias. O “ciberespaço” e seu controle são o tema que margeia as discussões presentes no texto. Há vezes em que há citações de ações judiciais e processos sumários para fazer com que não sejam exibidos conteúdos em aplicativos de curtos textos. Não deixa, porém, de falar do início da internet e dos pioneiros estudos sobre a dificuldade de controle dessa modalidade de comunicação, bem como os avanços que determinados países ou, em tom mais isolados, alguns dos seus líderes – em tom ditatorial – não medem esforços para barrar conteúdos que trazem informações desinteressante para quem quer preservar o poder. Apresenta, por acréscimo, uma tese interessante: as grandes empresas estão investindo (inclusive, dinheiro) de todas as formas para elas próprias controlarem a internet e os assuntos nela veiculados, o que traz uma redução das conquistas que o público conseguiu com a rede mundial de computadores. Detalhe importante: para o autor, “splinternet” é algo que praticamente sucede à internet (esta, livre e de acesso a todos; logo, um benefício), sendo um conjunto mercantilizado de controles dos computadores (e da rede mundial de computadores) em tom empresarial, com visão de lucro e controle. E conclui “Isso não é uma coisa boa”. O autor vê a internet como uma ferramenta à disposição do público, enquanto a “splinternet” seria o controle das comunicações em rede com fins de fazer calar a opinião pública e, ainda mais, ganhar dinheiro com essa forma de trazer para si um instrumento até então à disposição de todos.

GRÉCIA. Inicialmente, um pouco sobre o autor. O **Professor Doutor Nikos Passas** (ou Nikolaos) é um grego que atua, como Professor, em vários países. Estuda sobre a corrupção na administração pública mundial a ponto de ser considerado um dos maiores especialistas no assunto. Ao se tornar o entendedor do estudo da corrupção na administração pública, também se tornou o maior conhecedor de temas como crimes internacionais, financiamento (com dinheiro da corrupção) do crime organizado internacional e interno, financiamento ao terrorismo, lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais), comércio internacional ilícito e crime do “colarinho branco”. O autor tem livros traduzidos e publicados em 14 idiomas. O seu artigo, atualizadíssimo, é sobre a corrupção e enriquecimento das grandes (e poucas) empresas que tinham, já pronta, vacina contra o vírus Covid-19 e o envolvimento com os governos de diversas partes do mundo. Especialmente, o mundo chamado de comunista, mas que acabou por financiar e elevar poucas empresas capitalistas – durante a pandemia do Coronavírus – para a condição de lucro inatingível por qualquer outras atividades lícitas no mundo. No texto, o autor demonstra que a corrupção é autora de muitas crises locais e mundiais. E, embora possa haver crise por inabilidade, má gestão ou por desastres naturais, nos momentos de crises a corrupção figura como um incremento. Nos momentos de instabilidade, em favor dos corruptos se quedam os menos favorecidos. Contra os desvalidos, até o estado de direito é violado, em nome de uma suposta atitude para dominar os

efeitos. Algumas atitudes, como se fossem para dominar a pandemia da Covid-19, houve práticas mundiais “legais, mas terríveis”, sendo que muitas delas sequer tinham fundamento científico, figurando apenas na ideologia, quase com os políticos de oposição buscando desestabilizar a administração central. Ainda que com morte de administrados ou o desastre econômico do país.

PORTUGAL. Ainda em junho de 2022, o então Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia solicitou ao Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** para que conseguisse uma Aula Magna com o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, autor de inúmeros livros de Direito Constitucional e atualmente Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (no Brasil, equivalente a Ministro do Supremo Tribunal Federal). O **Professor Paulo Ferreira da Cunha** aceitou o convite e, em parceria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia com a Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros ocorreu, no dia 30 de agosto, a Aula Magna de abertura do semestre letivo do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia. A Aula Magna – disponível na página [www.ajurmoc.com.br](http://www.ajurmoc.com.br) – foi sobre Direito Constitucional, sob o título “O Constitucionalismo do Futuro ou dos Futuros do Constitucionalismo”. Terminada a Aula Magna, o celebrado autor (de mais de seiscentas publicações, incluindo vários livros e artigos científicos) viu-se “inspirado” a escrever sobre o tema para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. O texto, um brinde ao conhecimento jurídico, mostra carregado de citações de autores de Direito Constitucional e da literatura de diversos tempos e lugares. E aponta os tópicos que podem vir a constar das Constituições mais evoluídas nos próximos tempos. Não se tratando de “um exercício de futurologia”, mas de uma análise com fundamento nos estudos permanentes do autor sobre o tema, o artigo faz uma visita ao passado do constitucionalismo, pontua no presente e, deste, alça voo em busca de portos seguros que deverão estar garantidos nas Constituições, principalmente europeias, cujas revisões se avizinham. Não há como não indicar a leitura, o estudo e a solicitação de que haja o repasse aos demais estudantes do Direito Constitucional. Mais do que um artigo, é um fio condutor de conhecimento jurídico, graciosamente transferido aos leitores.

ITÁLIA. As repercussões das normas uniformizadas da União Europeia têm rendido muitas necessidades de interpretações e adaptações das legislações locais. Na Itália, por exemplo, há normas em vigor, oriundas da União Europeia, que trouxeram grandes discussões nos Tribunais. Especialmente quando direcionados aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional, essas normas gerais (da União Europeia) foram responsáveis por recursos aos Tribunais internacionais, notadamente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O **Professor Doutor Pietro Sorbello**, estudioso do assunto, escreveu ainda em 2014, e atualizou e adaptou para tempos mais recentes, o artigo “I Diritti

Fondamentali come Limite alla Politica Criminale: Considerazioni sull'Incidenza dell'Ordinamento Europeo sul Diritto Sanzionatorio Italiano”. O foco ou tema começa pela análise da Diretiva Europeia 2014/57/EU, acerca das sanções penais por abuso de poder econômico no mercado. Dá destaque especial pela impossibilidade de dupla punição (*ne bis in idem*), dogma do Direito de tempos imemoriais. As regras internacionais (válidas em toda a União Europeia) que determinam a impossibilidade de dupla punição trouxe necessidade de adaptação à legislação italiana. Há análise ou estudo de casos, e uma vasta busca pelas decisões da Corte de Cassação, com forte suporte na jurisprudência oriunda do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e das Cortes encarregadas dos julgamentos das questões penais. O fundamento também se dá em muitos e autorizados autores, notadamente os italianos.

ESTADOS UNIDOS. Para explicação inicial, poderia estar escrito, no entrada, “ESPANHA”, porque o autor é espanhol. E continua trabalhando como Professor na Espanha. Mas, a ocupação maior e a própria vida são nos Estados Unidos. Além disso, o artigo foi originariamente escrito em Inglês e, neste fim de ano de 2022, especialmente adaptado para a Língua Portuguesa para publicação exclusiva na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. O autor é o **Professor Doutor Rafael Domingo Osle**. O título do artigo científico é “Por que a Espiritualidade é Importante para o Direito: uma Explicação”. No desenvolvimento do estudo, a visão de que se trata de um ensaio em tom científico. A cientificidade vem condicionada nas várias vezes em que o autor faz referência à ligação da espiritualidade para com o Direito. A condição de ensaísta vem do fato de que o autor, na qualidade de Professor também de Religião, estar conectado a todas as modalidades de crenças, com respeito a todas e sem manifestação exclusivamente sob um prisma. Em todo o texto, há a prova de que a espiritualidade dos componentes da sociedade influenciam, sobremaneira, no resultado da aplicação do Direito, na noção de Justiça, na arte da boa convivência. A demonstração é que “a tríade espiritual do amor, comunhão e dom” tem todo liame para com a Justiça, o que se dá por meio do Direito codificado ou costumeiro. A demonstração continua até a constatação, por meio de estudos, de que as pessoas mais praticantes de religião têm mais facilidade de realizar acordos em ações judiciais. E, em tom mais amplo, o próprio sistema de Direito tem como teto a espiritualidade, a religiosidade, resultando, em síntese, em “desmaterialização do sistema jurídico, encorajando a limitação da dominação, inspirando a redução da coerção, estimulando a comunhão e o consenso na sociedade, ou aumentando o respeito pela lei e pelos sistemas jurídicos.”. Trata-se de um tema que poucos estão acostumados a pesquisar, fato que eleva o valor, em vários níveis, do texto ora apresentado.

BRASIL. Há temas cuja relevância ultrapassa os limites dos Estados-membros brasileiros, mesmo havendo um foco em apenas uma região. É

consabido que o Poder Judiciário recebe inúmeros processos a cada dia e, em verdade, dá término a um número menor de processos, a cada dia, do que o número de entrada de novas demandas judiciais. Acumulando incomensurável número de feitos judiciais, as providências poderiam ser ampliar e aparelhar o Poder Judiciário. Enquanto essas providências não são viáveis, outras vêm acontecendo. Uma delas é a desjudicialização, transmitindo competência antes exclusiva do Poder Judiciário para a área extrajudicial, a cargo dos Serviços Notariais e Registrais. Outra providência é a instituição da mediação e conciliação, sendo possíveis em fases prévia ao início de uma ação ou, iniciada a ação, nos primeiros momentos da demanda. Ultrapassadas essas barreiras, o Código de Processo Civil de 2015 criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), possibilitando aos Tribunais de Justiça estaduais reunir grandes quantidades de ações com o mesmo objeto e, em julgando uma, fixar um caminho como uma espécie de parâmetro para as demais. A Administração Pública de Minas Gerais, visando ter servidores públicos cada vez mais qualificados, criou, em Lei de 2003, a possibilidade de promoção, com aumento de vencimentos, aos servidores que estudassem em cursos em áreas cujos temas são aplicados no dia a dia do ofício. Em 2005, outra Lei ampliou a servidores públicos lotados em outra Secretaria, essa espécie de promoção. Um Decreto de 2008 regulamentou a situação, sendo certo que um só Decreto regulamentou as duas leis, estas que tinham como público-alvo servidores de Secretarias diferentes. A aplicação das leis e do Decreto gerou decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário, em atenção à autonomia interpretativa de cada Juiz de Direito. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou um IRDR, colocando condições fixas para as situações. Para especificar todo o trâmite e as conclusões mais recentes, o **Professor Doutor Vítor Luís de Almeida** escreveu o importante artigo denominado “O Impacto do Julgamento do IRDR N.º 1.0000.16.049047-0/001 na Análise da Promoção por Escolaridade Adicional de Policiais Penais do Estado de Minas Gerais”. Ainda que pareça, não é tema regional, pois a discussão científica é aplicável a situações semelhantes em várias partes do Brasil, sendo que podem já existir essas demandas ou elas virão em breve. Daí, a importância sem igual do presente estudo.

FRANÇA. Professor de qualidade se apresenta assim. Quando se é Doutor em História do Direito, o conhecimento sobre Direito secular (ou plurissecular) é a tônica e a cobertura de todo o ato de expor. É o caso do **Professor Doutor Yves Lassard**. Leciona na Université Grenoble Alpes (da França) e na Université d'État d'Haïti (Haiti). Em 2018, publicou um sério, amplo e insuperável trabalho sobre o direito consuetudinário (direito costumeiro) do Haiti sobre as famílias. Agora, atualizou alguns dados e colabora com a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** com um trabalho de pesquisa que demonstra qualidade e insaciável vontade de pesquisar. Em busca de publicações do século XVIII até os presentes momentos, o Professor Doutor Yves Lassard escreveu sobre as

tradições e costumes haitianos acerca das relações familiares. E fundamentou também no Código Civil do Haiti. Falou sobre o casamento, a separação (“voluntária”) com destaque para o homem deixar a mulher e para a mulher abandonar o lar. Detalhou sobre o adultério, a passagem do nome e tradições para os filhos, as “obrigações da mulher” para manutenção do casamento, a autoridade do homem sobre a mulher (inclusive, podendo, segundo os costumes, expulsar temporariamente a mulher da casa, em caso de incompatibilidade ou por decisão que o homem sequer precisa justificar). Para os casos de separação ou de viuvez, o autor dá destaque à condição da mulher e dos filhos do casal. Outros tópicos também estão muito bem retratados no artigo denominado “Droit Coutumier Familial Haïtien: un Heritage Pluriseculaire”, demonstrando que as tradições multisseculares – oriundos da África e perpetuados no Haiti após a independência – ainda estão enraizadas na Ilha, especialmente no meio rural.

## MESTRADO

BRASIL. A Lei dos Registros Públicos foi escrita há meio século. Obviamente, sofreu alterações em seu corpo. Mas, nem uma delas foi tão importante quanto a patrocinada inicialmente pela Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022. Um artigo científico constante desta edição da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** relaciona quatorze tópicos dos mais relevantes que a Lei 14.382, de 27-6-2022, inseriu no corpo da Lei dos Registros Públicos, cuja identificação pelo número é Lei 6.015, de 31-12-1973. Os tempos da aplicação da inteligência artificial não estavam contemplados na Lei por último relacionada. As modificações que foram nela insertas adaptaram à era da tecnologia da inteligência os (anteriormente denominados “Cartórios”) Serviços de Registros e, de forma oblíqua, os Tabelionatos de Notas. Um dos pontos é a criação efetiva do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp), cuja necessidade havia sido percebida há quatorze anos e que dependia de um Decreto regulamentador. Com o SERP centralizando os dados dos Serviços Registrais, os usuários se beneficiam com celeridade e facilidade para comunicação com essas Serventias, para requerimentos de prática de atos registrais e para obtenção de certidões. São, em verdade, mais de duas centenas de modificações na Lei 6.015, de 31-12-1973, feitas pela Lei 14.382, de 27-6-2022. O artigo científico “Modificações Capitais na Lei dos Registros Públicos, Feitas pela Lei 14.382, de 27-6-2022” aponta as principais ou mais impactantes. Tema atual, cujos primeiros estudos estão sendo expostos somente neste fim de ano de 2022.

## ESTUDOS CONTINUADOS

ARGENTINA. A seção “Estudos Continuados” recebe uma contribuição que tem caráter jurídico enraizado no estudo da discriminação em razão de gênero. A autoria é da **Professora Adela Pérez del Viso**. Autora que também é “Juez en la III Circunscripción de San Luis, Juez Civil Comercial Ambiental y Laboral”. O estudo mostra uma discriminação em área religiosa, sendo demonstrado que, historicamente, o acesso aos postos religiosos é destinado ao sexo masculino. Quando se trata de Igreja Católica, pensa-se na tradição, incluindo o celibato. As religiões evangélicas têm aceitado mais facilmente a atuação de pastoras, até mesmo em razão da liberdade de iniciativa em criar uma associação religiosa. Mas, o estudo não se resume à “Filosofia de pastoreio”. Fala da discriminação e da não aceitação de mulheres até mesmo em ensino religioso escolar, como demonstra em um caso concreto em que, no Chile, uma Professora de Religião precisa ter autorização da Igreja para lecionar a disciplina e, no caso relatado, a opção sexual da Professora fez com que a sua autorização fosse cassada, o que a impediu de continuar lecionando a disciplina. E, quando recorreu ao Poder Judiciário, a decisão foi no sentido de que não havia como interferir nas escolhas de timbres religiosos. Há outros estudos de casos em que se recorreu aos Tribunais, inclusive internacionais e, em todas as oportunidades, houve a aplicação da “Excepción ministerial”, que deixa para a própria entidade religiosa a escolha dos seus ministros, sem interferência da Justiça, em respeito ao que corresponde à oportunidade e à conveniência do Direito Administrativo brasileiro. Interessante é notar que, conforme demonstra o estudo, a discriminação de gênero na atividade religiosa não está marcada, pelas oposições e falas em desacordo, dos tempos atuais. Há referências e fundamentações em textos de processos judiciais desde 1791.

Fechando, portanto, o ano, esse terceira publicação do período, mostra um quadrimestre (setembro-dezembro) produtivo, ativo, recheado de oportunidades. Nove países estão presentes na Revista. Mais quatro países poderiam ser a casa dos autores, sendo que houve a opção por um deles, quando o vínculo é com mais de um. Quatorze autores formam as páginas da última **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** do ano de 2022.

Há uma vontade incomensurável de agradar. E o resultado é esse grosso exemplar.

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**  
**Editor**



**Autoria**

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

**Urheberschaft**

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

**Authorship**

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

**Paternidad literaria**

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

**Paternité**

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

**Paternità**

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	19
2.º	Brasil	17
3.º	Argentina	12
4.º	Portugal	10
5.º	Estados Unidos	05
6.º	Itália	04
7.º	França	03
	Japão	03
	México	03
10.º	Colômbia	02
	Moçambique	02
12.º	Canadá	01
	Grécia	01
	Índia	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Turquia	01
	Uruguai	01
	Venezuela	01

Céim Dochtúireachta  
Ceum Dotaireachd  
Ступень Доктара  
Daktaro Laipsnis  
Diploma de Doctorat  
Diplomë Doktorature  
Doctoraat  
Doctorado  
Doctorat  
Doctorate Degree  
Doktora Derecesi  
Doktora Grāds  
Doktorat  
Doktorát  
Doktorgrad  
Doktori Fokozat  
Doktorikraad  
Doktorsexamen  
Doktorspróf  
Dokortitel  
Dottorato  
Doutoramento  
Gradd Doethuriaeth  
Grad ta 'Dottorat  
Gradën e Doktoratës  
Llicenciat de doctorat  
Titulado de Doutoramento  
Tohtorin Tutkinto  
Доктор Дәрежесі  
Докторантура  
Докторат  
Докторський Ступінь  
Докторска Степен  
Докторска диплома  
Докторская Степень  
Докторлық Дәрежесі  
Διδακτορικό

DOCTORADO

**LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES EN ESPAÑA:  
ESTADO DE LA CUESTIÓN**

**A DIFERENÇA DE GÊNERO NAS PENSÕES NA ESPANHA:  
ESTADO DA QUESTÃO**

**CARMEN GRAU PINEDA<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

**L**as últimas dos décadas han supuesto un revulsivo en la situación de la mujer en el mercado de trabajo en términos de igualdad. Sin embargo y pese a ello, los progresos constatados son lentos e insuficientes. España tiene ante sí, como muchos otros países, uno de los retos socio-laborales más importantes a alcanzar en este siglo XXI: rectificar las diversas y variadas brechas de género que existen en el mundo del trabajo. Una de ellas, la brecha en las pensiones, es objeto de análisis en esta aportación que pretende poner de manifiesto cómo la desventajosa situación de las mujeres en materia pensional no es sino la consecuencia directa de su más desfavorable y desventajosa situación en el mercado de trabajo. Y ello porque las desigualdades laborales del presente se convierten, en consecuencia, en desigualdades pensionales del futuro en un proceso perverso causa-efecto del que es difícil salir y del que se derivan consecuencias nefastas en la pensión contributiva de jubilación. Todo ello justifica la importancia creciente de dar una interpretación de género a los sistemas de pensiones y conseguir mejores resultados en la definitiva superación de esta brecha que tanto impacto tiene en la persistente desigualdad entre mujeres y hombres.

**Palabras clave:** Igualdad, brecha de género, pensiones contributivas, jubilación, viudedad, complemento a mínimos, pensiones no contributivas.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. *e-mail:* carmen.grau@ulpgc.es

## RESUMO

Duas últimas décadas foram um choque na situação das mulheres no mercado de trabalho em termos de igualdade. No entanto, e apesar disso, os progressos registados são lentos e insuficientes. A Espanha tem pela frente, como muitos outros países, um dos desafios sociolaborais mais importantes a alcançar neste século XXI: retificar as diversas e variadas diferenças no tratamento relacionado ao gênero existentes no mundo do trabalho. Uma delas, o “gap” previdenciário, é objeto de análise nesta contribuição que visa mostrar como a situação desvantajosa das mulheres em termos previdenciários nada mais é do que a consequência direta de sua situação mais desfavorável e desvantajosa no mercado de trabalho. E isto porque as desigualdades laborais do presente se tornam, conseqüentemente, desigualdades previdenciárias do futuro, num perverso processo causa-efeito do qual é difícil sair e do qual derivam funestas conseqüências na aposentadoria contributiva. Tudo isso justifica a crescente importância de dar uma interpretação de gênero aos sistemas previdenciários e alcançar melhores resultados na superação definitiva dessa lacuna que tanto impacta na persistente desigualdade entre mulheres e homens.

**Palavras-chave:** Igualdade, diferença de gênero, pensões contributivas, aposentadoria, viuvez, complemento mínimo, pensões não contributivas.

## 1 INTRODUCCIÓN

Las últimas dos décadas en España han supuesto un revulsivo en la situación de la mujer en el mercado de trabajo en términos de igualdad. Sin embargo y pese a ello, los progresos constatados son lentos e insuficientes. En particular, preocupa la desventajosa situación de las mujeres en materia de pensiones como consecuencia directa de la más desfavorable situación de partida en el mercado de trabajo es, a estas alturas del Siglo XXI, incuestionable.

Esta brecha, existente en los sistemas públicos de pensiones, viene a poner de manifiesto cómo las diferencias laborales tienen un impacto directo en las diferencias pensionales dado que todo sistema público de pensiones de naturaleza contributiva se sustenta, para el cálculo de aquéllas, en factores tales como el número de años cotizados (carencia general y específica) y las bases de cotización ingresadas. Se trata, por tanto, de una brecha derivada, refleja o indirecta cuya repercusión en la desigualdad de género no debe, de ninguna manera, infravalorarse.

En España, la brecha pensional está cuantificada en torno al 33%<sup>2</sup> (en torno al 30% según datos de Eurostat por las divergencias en la metodología aplicable) (EUROSTAT, 2022a), solo por detrás de países de nuestro entorno comparado como Alemania, República Checa, Bélgica o Finlandia. Los datos más recientes señalan que la brecha de pensiones en la UE-27 fue 29,5% en 2018, constatándose una disminución lenta desde el 33,9% en 2010 (EUROSTAT, 2022a).

La diferencia en las pensiones medias de las mujeres y hombres en España han mejorado de forma lenta y no siempre constante, pero siguen arrojando una diferencia cuantitativa en 2022 de 437,53 euros (882,02 euros en el caso de las mujeres frente a los 1.319,55 euros en el caso de los hombres), lo que justifica, sobradamente, la importancia creciente de poder dar una interpretación de género a los sistemas públicos de pensiones y conseguir mejores resultados en la definitiva superación de esta brecha que tanto impacto tiene en la persistente desigualdad entre mujeres y hombres.

Gracias tanto a la visibilidad que las estadísticas y los estudios especializados han permitido poner de relieve a respecto, como a iniciativas específicas de diversa índole que se han implementado en el último quinquenio en torno a esta temática<sup>3</sup>, se ha renovado el interés por remover los obstáculos, por corregir las brechas evidenciadas. Cuestión distinta es que, pese a lo acertado del diagnóstico derivado de los datos oficiales, las soluciones hayan resultado desacertadas, incorrectas o inadecuadas y no hayan tenido los resultados esperados, como pretende demostrarse en las páginas que siguen.

## **2 LA EXISTENCIA DE MULTITUD DE BRECHAS DE GÉNERO**

De los datos oficiales resulta que en la España de mediados de los años setenta del siglo pasado, las mujeres se incorporaban al mercado de trabajo a edades tempranas (en torno a los 20 años de media) para abandonar el empleo remunerado a partir de la edad en que se casaban (en torno a los 25 años de media) de tal forma que la tasa de mujeres ocupadas por encima de esas edades no superaba el 30% (AYUSO; CHULIÁ, 2018, p. 15-18). Sin embargo, no sería hasta los años ochenta cuando las tasas de empleo de las mujeres jóvenes mayores de 24-25 años comenzaran a incrementarse de forma continuada y hasta nuestros días, si bien la tasa de empleo femenina sigue sin superar la

<sup>2</sup> Según datos disponibles en ESPAÑA (2022a).

<sup>3</sup> Nos estamos refiriendo tanto al Pilar Europeo de Derechos sociales (2017) como a la Estrategia Europea para la Igualdad de Género en la UE 2020-2025 y el Pacto de Toledo 2020 (recomendaciones 13 y 17). Más detalles al respecto en GRAU PINEDA, 2020b y 2021.

barrera psicológica del 50% (46.4% en 2022T2) (ESPAÑA, 2022b) y la de actividad es 10 puntos inferior a la de los hombres (53.97% en 2022T2) (ESPAÑA, 2022b).

El ritmo lento pero constante (a *snail's pace* en jerga europea) al que ha ido reduciéndose la brecha de género (*gender gap*) en la participación laboral, esto es, la conocida como *brecha laboral*, no tiene equivalente ni en la minoración de las diferencias retributivas (*brecha salarial*) ni en las diferencias pensionales (*brecha pensional*) que se analizará en el epígrafe siguiente.

Está constando, y mucho, remover los obstáculos que impiden avanzar a mejor paso en favor de la consecución de la igualdad material, de la igualdad efectiva, de la igualdad de trato y oportunidades. Y, en adición de lo anterior, ha de añadirse otra brecha, *la demográfica*. Y es que, en España, como en muchos otros países, la esperanza de vida de las mujeres es superior a la de los hombres (ESPAÑA, 2022c). Las cifras nacionales (en torno a 80 años en el caso de los hombres y a 85 en el de las mujeres) nos sitúan en la segunda posición en el contexto de la UE (75 y 83 años, respectivamente) (EUROSTAT, 2022b), solo por detrás de Francia (85.2 y 85.3, respectivamente).

Pero es que si lo que se toma en consideración es el aumento en la esperanza de vida a partir de los 65 años (EUROSTAT, 2020), resulta que mientras para los hombres es de 18.4 años, en el caso de las mujeres es de 22.4 años. Todo ello llevado al ámbito que nos ocupa, el de la brecha pensional, supone que las mujeres son más longevas que los hombres y, por tanto, cobran durante más tiempo sus derechos pensionísticos que, como se analizará a continuación, son de inferior cuantía lo que las sitúa en un serio riesgo de pobreza.

Y llegamos así, en este breve recorrido por la diversidad en las brechas de género a *la brecha de la pobreza, de la vulnerabilidad social*. Las desigualdades de género están directamente relacionadas con la pobreza de las mujeres, especialmente de las mujeres mayores, y sus dificultades de acceso a los recursos que evidencian hasta qué punto el ser mujer influye entre los elementos que inciden en el mayor riesgo social de incurrir en una situación de pobreza o de exclusión social grave o severa, sumándole en muchas ocasiones, factores de discriminación múltiple como el del origen, la etnia, la discapacidad, la edad, etc.<sup>4</sup>.

Según el avance de datos del último Informe sobre el estado de la pobreza en España de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión social - EAPN (ARPE, junio 2022), "1 tasas de pobreza son más elevadas entre las mujeres que entre los hombres. Sin embargo, durante el año 2021 la tasa masculina creció en un 4,5 %, mientras que la femenina sólo lo hizo en

<sup>4</sup> Interesante consulta al respecto en EIGE Poverty: European Institute for Gender Equality. Disponible en: <<https://eige.europa.eu/topics/poverty>>.

un 2,3 %” (ARPE, 2022, p. 10). En España hay un 22.2% (2021) de mujeres en riesgo de pobreza, muchas de las cuales son perceptoras de pensiones contributivas que no llegan a la cuantía mínima y que, por tanto, precisan de un complemento a mínimos, por no hablar de las que son perceptoras de pensiones no contributivas, donde son mayoría.

### **3 LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES**

La heterogeneidad de las brechas de género que acaba de mostrarse en el epígrafe anterior sirve de antesala para centrarnos en la brecha de las pensional o brecha pensional que se aborda en esta aportación y que en la España del Siglo XXI sigue siendo acerba, por mucho que sorprenda. De las pensiones se ha dicho que representan uno de los ámbitos del Estado del Bienestar en el que con mayor claridad se evidencia la persistencia de las diferencias entre los recursos que el sistema de pensiones asigna a mujeres y hombres.

Las pensiones contributivas de la Seguridad Social española presentan diferencias tanto cualitativas como cuantitativas entre mujeres y hombres, especialmente reseñables en las de jubilación y viudedad, en las que se centrará el interés de esta aportación<sup>5</sup>.

#### **3.1 Pensiones Contributivas de Jubilación y Viudedad como Atalaya Privilegiada para Valorar la Brecha de Género en las Pensiones**

Del total de pensiones en España (en torno a 10 millones), más de 6 millones de pensiones lo son de jubilación, correspondiendo casi 3.800.000 a hombres (59.9%) y unos 2.500.000 a mujeres (40.1%).

Es importante advertir que tanto las reglas como la forma de cálculo de la pensión contributiva de jubilación tienen una repercusión directa en las diferencias pensionales por razón de género. Y es que las reglas sobre el periodo de carencia tienen una incidencia directa en las diferencias de cobertura de unas y otros dado que, por regla general, ellas registran carreras de cotización más reducidas discontinuas e irregulares (predominio del trabajo temporal y a tiempo parcial, además de uso mayoritario de los derechos de ausencia para conciliar).

<sup>5</sup> Datos oficiales disponibles en: <<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24>>.

En adición a lo anterior, la forma de cálculo de la pensión de jubilación también afecta al importe de las pensiones cobradas por tener relación directa con el nivel salarial de las personas trabajadoras, generando entre las mujeres pensiones más bajas dada la relación directa, de un lado, con sus menores retribuciones salariales y, otro, con las lagunas de cotización principalmente debidas a los periodos no cotizados dedicados a los cuidados intrafamiliares.

En las últimas reformas acometidas sobre esta pensión se han ido incorporando mayores exigencias que, *in fine*, van a producir un efecto especialmente negativo en las trabajadoras por tener más dificultades para acreditar cotizaciones. Nos referimos tanto al hecho de que se valoren más años de cotización a lo largo de la vida laboral activa del sujeto causante para determinar la cuantía de la pensión (25 años –300 meses inmediatamente anteriores– en 2022 para calcular la base reguladora), como a que cada vez se demande un mayor número de años de contribución a los efectos de aplicar el 100% a la base reguladora (37 años en 2027). Todo ello, descrito tan a vuela pluma, ha tenido, tiene y tendrá, si nada lo remedia (GRAU PINEDA, 2022), que el importe de la pensión de jubilación de las mujeres sea especialmente exiguo y, en muchas ocasiones como se verá en el siguiente epígrafe, precise de ser complementado a mínimos, para garantizar su suficiencia y cumplir con la pensión mínima legalmente prevista en cada caso.

En cuanto a las pensiones contributivas de viudedad, representan en torno a un 24% del total de las pensiones (algo más de 2 millones de pensionistas), con un marcado carácter femenino. Y es que de los 2.352.401 de pensionistas de viudedad, en torno a 196.319 eran hombres frente a los 2.156.071 de pensionistas de viudedad mujeres (un 91.65%). Repárese cómo, en este caso, los resultados se invierten respecto de los analizados con ocasión de la pensión de jubilación, de forma absolutamente previsible dado que son las mujeres las que perciben mayoritariamente este tipo de pensiones derivadas y no propias, esto es, generadas por el cónyuge y cuyo importe es, además, superior al de las pensiones de viudedad cobradas por los hombres. Tan es así que se habla de “brecha de género en pensiones invertida” (MOLINA NAVARRETE, 2020, p. 16).

El importe medio de las pensiones de viudedad también requiere explicación. Y es que en el caso del importe medio de las mujeres ronda los 800.08 euros/mes, en tanto que, en el caso de los hombres, apenas supera los 548.27 euros/mes. Esta diferencia (de en torno a un 32%) es consecuencia directa del recordatorio previo: al tratarse de una pensión derivada y no generada por derecho propio, son las bases de cotización/pensión del cónyuge o asimilado fallecido las que sirven de base para este cálculo. Con todo, esta brecha repercute en un 8% de hombres viudos que, en su mayoría, compatibilizan el percibo de esta pensión con el de la de jubilación contributiva generada por derecho propio, hecho en absoluto mayoritario si hablamos de viudas, bien sea porque no han generado derecho a la pensión de jubilación contributiva y han de recurrir al nivel no contributivo de



protección (*infra* 4.), porque lo han hecho de forma insuficiente y, no alcanzando la cuantía mínima, precisan de complemento a mínimos (*infra* 3.2.).

Las pensiones de viudedad presentan un protagonismo específico en el debate sobre la modernización del sistema de pensiones español y ello desde los más diversos puntos de vista, pero, principalmente, respecto de lo miserable de su protección (bajísima intensidad cuantitativa por su carácter cuasi-universal), pese al significativo coste que tienen en términos de sostenibilidad financiera. En las últimas modificaciones de la pensión no se han tenido en cuenta los efectos de la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo descrita en las páginas anteriores y se continúa sin acometer las necesarias modificaciones “quizás por temor a la impopularidad social que este hecho causaría, dado que muchos ciudadanos entienden que se trata de un derecho inherente a las mujeres que no han trabajado, sin darse cuenta de que el patrón a valorar se ha modificado” (BLÁZQUEZ AGUDO, 2017, p. 168).

Todo ello no supone sino un obstáculo a la urgente necesidad de plantear opciones como la de considerarla incompatible con la pensión de jubilación y/o con el salario (bajo el argumento de no justificarse la necesidad derivada en el nivel contributivo de protección) o la de ensayar fórmulas que nos llegan desde países de nuestro entorno comparado como la transferencia de cotizaciones entre cónyuges. Este mecanismo funciona como una suerte de traspaso de cuotas desde el consorte trabajador al cónyuge que no realiza actividad laboral externa por dedicarse al cuidado intrafamiliar, lo que lleva a este último a adquirir las prestaciones de vejez por derecho propio y no derivado, siguiendo el modelo alemán o sueco (BALLESTER PASTOR, 2011, p. 109). De esta forma, no sólo se reparte el importe de las pensiones, sino que los periodos de cotización les sirven a ambos cónyuges para cubrir el periodo de cotización general que se exige para tener derecho a las distintas pensiones de jubilación.

En suma, todo parece apuntar a que será preciso esperar no solo a que la incorporación femenina al mercado de trabajo alcance mayores cotas que las actuales, sino que se produzca de forma natural la transición entre generaciones de mujeres, para proceder a tales cambios, necesarios desde una óptica de mantenimiento estricto del propio sistema y coherencia con sus principios basilares (GRAU PINEDA, 2020b, p. 48).

### **3.2 El Complemento a Mínimos También es Cosa de Mujeres**

El complemento a mínimos es una cantidad complementaria que se añade al importe de la pensión, en su modalidad contributiva, cuando no alcance el

mínimo fijado legalmente y que se justifica por el mandato constitucional de la suficiencia de las pensiones (*ex art. 41 Constitución Española –CE–*).

Los requisitos para percibir un complemento a mínimos son tener reconocida una pensión cuya cuantía no alcance la cantidad mínima que se establece anualmente para cada caso; no percibir rendimientos del trabajo, del capital o de cualquier otra fuente y, en caso de percibirlos, que no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado; y residir en territorio español, sin perjuicio de lo que al respecto establezca la normativa internacional aplicable.

Estos complementos no tienen carácter consolidable y se revisan anualmente, de tal suerte que su percibo se mantiene mientras se cumplan los requisitos que dan derecho a él. Si el pensionista recibe otras rentas o la pensión sube –por revalorizaciones o porque se le han reconocido al interesado nuevas prestaciones–, el complemento a mínimos sería “absorbido” por esas cuantías hasta llegar a eliminarse si la pensión sube por encima del mínimo legal previsto y que, para el año 2022, oscila, con carácter general y salvo contadas excepciones, entre los 7.000 y los 18.000 euros/año según los distintos supuestos (ASÍ, 2022).

Según los datos oficiales, las mujeres son, además, las principales beneficiarias de estos complementos que pretenden garantizar el percibo de la pensión mínima garantizada (ESPAÑA, 2022d). De los casi 10 millones de pensiones en vigor, en torno a 2.200.000 requiere de este complemento a mínimos, siendo casi 1.500.000 de pensiones complementadas, pensiones de mujeres, lo que supone un 66.4%.

#### **4 LA FEMINIZACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS**

Interesa comenzar este epígrafe por recordar que es el art. 41 CE el que, en referencia a la Seguridad Social, establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. De modo y manera que, en la actualidad, la acción protectora del sistema de Seguridad Social español se articula partiendo de la premisa básica de que todos los ciudadanos accede a la protección social dispensada por el sistema de Seguridad Social si bien a través de una doble modalidad de protección con diferente intensidad protectora: por una parte, el sistema de prestaciones económicas en el que se integra la modalidad

contributiva, en la que se ofrecen rentas de sustitución de los salarios percibidos en activo (proporcionalidad entre salario-cotización y prestación) y, por otra, la modalidad no contributiva, dirigida a proporcionar rentas de compensación de las necesidades básicas en favor de aquellas personas que, encontrándose en situación de necesidad, no cumplen con los exigentes requisitos para acceder a la esfera contributiva.

Por lo que se refiere en concreto a las prestaciones no contributivas, el género ha sido, desde su instauración en los años 90 del pasado siglo, un elemento definidor de los pensionistas no contributivos, siendo el femenino el principal colectivo beneficiario de tales pensiones. Como viene ocurriendo en las casi tres décadas de abono de estas pensiones, las mujeres constituyen el 64.2% de los perceptores del total de pensiones no contributivas (2021) y, de tratarse de pensiones por jubilación no contributivas, ese porcentaje se eleva hasta el 73.8% (ESPAÑA, 2022e).

Tal y como acertadamente se ha puesto de manifiesto

tales porcentajes muestran el peaje que las mujeres han tenido que pagar por su papel en una sociedad masculinizada, que les ha impedido, bien haberse integrado en el sistema, bien no haber obtenido un número de cotizaciones suficientes para el acceso a la protección que proporciona el sistema de Seguridad Social (RON LATAS; LOUSADA AROCHENA, 2018, p. 108).

Y precisamente este tipo de razones y no otras son las que debería considerar el legislador a la hora de llevar a cabo reformas en la materia. Al momento de aprobarse la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, la concepción legislativa del momento estaba anclada en un concepto formal de la igualdad –no material– que se ha mantenido hasta su regulación actual en la Ley General de la Seguridad Social<sup>6</sup> (TRLGSS). Pero, treinta años después parece tiempo más que razonable para avanzar en la senda marcada por un concepto material de la igualdad que, sobre la base de las estadísticas y estudios especializados al respecto, incorpore medidas ya no neutras sino promocionales, preventivas y reparadoras como se defiende desde el inicio de esta aportación. En definitiva, integrar la perspectiva de género también en las pensiones no contributivas, territorio de vulnerabilidad femenina por antonomasia.

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en BOE de 31.10.2015, n.º 261. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11724-consolidado.pdf>>.

Dicho esto, interesa recordar que entre los requisitos de acceso a este nivel de protección –junto a la edad o la residencia– tiene un especial protagonismo la carencia de ingresos suficientes, lo que ocurre cuando las rentas o ingresos personales de que se disponga, en cómputo anual, son inferiores a 5.899,60 euros anuales (2022). Existen reglas especiales para el caso de convivencia con familiares –en función del grado de parentesco y atendiendo a una escala económica– y la cuantía individual de la pensión se establece en función del número de beneficiarios de pensión no contributiva integrados en la misma unidad económica de convivencia, de los ingresos personales y/o los de las personas que integran la unidad económica, no pudiendo ser inferior dicha cuantía a 1.474,90 € anuales, que se corresponde con el 25 % del importe íntegro para el año 2022.

Repárese en lo exiguo de las cantidades anticipadas y en la situación de vulnerabilidad económica que supone el colectivo al que dicha protección se dirige, colectivo feminizado de forma mayoritaria y una evidencia más de la feminización de la pobreza y el papel que las pensiones públicas están llamadas a jugar en su superación y, lo que es más importante si cabe, en su prevención.

## **5 ALGUNOS DE LOS EXPERIMENTOS IMPLEMENTADOS PARA SUPERAR LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES**

Avanzado todo lo anterior, es oportuno señalar como entre todas las medidas impulsada por el legislador con el objetivo de reducir la brecha pensional, es posible distinguir entre las que tratar de conseguir dicho propósito de forma directa –como el complemento para reducir la brecha de género– y las que lo intentan de forma indirecta –como la nueva regulación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor–.

Tratándose de mecanismos que comparten el mismo objetivo, son diferentes en cuanto a la estrategia que las sustenta. Las primeras, como ya ocurriera con las ficciones en la cotización como medida estrella durante varias décadas de escasos avances, pretende incidir en el cálculo de las pensiones, bien sea en el proceso bien en la cuantía final resultante. Las segundas, como ha venido ocurriendo con las excedencias y derechos de ausencia en general, lo que pretenden es fomentar la utilización masculina de los mismos en ese nuevo proceso que persigue la deconstrucción de la feminización de los cuidados.

En ambos casos, suponen, por tanto, productos evolucionados, genéticamente mejorados que pretenden superar los déficits y disfunciones

constatados tanto en las ficciones en la cotización como en la regulación de las excedencias que no han obtenido resultados destacados (GRAU PINEDA, 2020a). Ahora, tanto con la nueva regulación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor como con el nuevo complemento para reducir la brecha pensional se elevan las expectativas y se intenta dar un paso más allá de los datos hasta el momento en una coyuntura espacio-temporal que parece favorable a los vientos de cambio.

Respecto de los primeros, los permisos por nacimiento y cuidado de menor, ahora, y con ocasión del cambio de tendencia tanto europeo como nacional en las políticas igualitarias, se persigue actuar en el ámbito de la corresponsabilidad en la asunción de las labores de cuidado de tal modo y manera que los hombres también las asuman y las mujeres no vean mermados sus derechos pensionísticos como consecuencia del abandono laboral. Se parte de la premisa básica de que la implicación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos y de las hijas es un factor clave tanto para mejorar el nivel de bienestar infantil como para lograr una mayor igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y es que sólo en la medida en que se promueva la participación de los hombres en la asunción de las tareas de cuidados en un nivel similar al de las mujeres se podrá mejorar la igualdad de género y hablar de corresponsabilidad verdadera.

Hace apenas una década, las reivindicaciones en favor de la corresponsabilidad en los cuidados intrafamiliares se hacía depender de la individualización de su titularidad (CABEZA PEREIRO, 2010; LOUSADA AROCHENA, 2011). Pues bien, los progresos experimentados en los últimos años en la formulación de la titularidad de los derechos parentales son innegables y han pretendido, en la línea demandada diez años atrás, avanzar hacia la corresponsabilidad efectiva y apostar por la individualización de los derechos de conciliación, poniendo especial énfasis en la presencia e implicación del otro progenitor (GRAU PINEDA, 2020a, p. 100).

Por obra del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y desde el 1 de enero de 2021 se iguala, por primera vez en nuestra historia, el permiso por nacimiento y cuidado del menor para ambos progenitores que podrán disfrutar de 16 semanas de prestación. La finalidad: promover la corresponsabilidad y evitar efecto expulsión de mercado de trabajo que tienen los cuidados intrafamiliares respecto de las mujeres a través de la deconstrucción de la feminización de los mismos. El resultado: la casi inmediata equiparación cuantitativa respecto de las solicitudes presentadas.

Los datos en este sentido, son contundentes y ponen de manifiesto cómo la articulación de prestaciones equiparadas, individuales e intransferibles está

teniendo los efectos perseguidos. Según datos oficiales (ESPAÑA, 2022f), entre enero y junio de año 2022, de un total de 236.112 solicitudes, 112.259 los fueron al primer progenitor y 123.853 al segundo. A cierre del año 2021 (ESPAÑA, 2022g), fueron un total de 472.015 solicitudes, de las que 224.713 fueron al primer progenitor y 247.302 al segundo. En definitiva, la tendencia creciente y equitativa es incontestable y pone de manifiesto el estímulo que han supuesto las reformas implementadas en este sentido.

En cuanto a lo segundo, al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones, conviene recordar siquiera brevemente que fue la Ley 48/2015, de presupuestos generales del Estado para 2016 la que añadió un art. 50 bis a la LGSS de 1994 que pasaría a ser el art. 60 del TRLGSS de 2015 con el objetivo confeso de compensar a las mujeres “por su aportación demográfica a la Seguridad Social”. Este error inicial, este pecado original supuso, como acertadamente se ha señalado que “la configuración jurídica del complemento tenía visos de muerte por cuanto se apartaba claramente de una fina línea de delimitación de las acciones positivas para su correcta adecuación al Derecho de la UE” (RAMOS QUINTANA, 2021, p. 3) y que, en consecuencia mereciera el reproche jurídico del Alto Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>7</sup>.

El legislador español ha reconstruido la fisonomía de este complemento a través del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico que ha venido a introducir una nueva redefinición del complemento en cuestión, algo que se valora como “oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones” (Exposición de motivos, apartado I, párrafo tercero).

En su nueva formulación, este complemento no solo afina su denominación, sino que se plantea el doble objetivo de, al mismo tiempo que se constituye como una medida de acción positiva –cuya temporalización le permite pervivir hasta que la brecha de género en las pensiones se reduzca por debajo del 5%–, prevé su extensión a aquellos hombres que acrediten haber sufrido un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia de haber tenido o adoptado un hijo/hijos y haberse dedicado a su cuidado.

Este nuevo complemento tiene naturaleza contributiva y ya no supone un porcentaje a incrementar sino la adición de una cuantía fijada en la Ley de presupuestos generales del Estado de cada año, siendo de 28 euros/mes para

<sup>7</sup> En el conocido Asunto WA *versus* Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18, resultado de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Número 3 de Girona, mediante auto de 21 de junio de 2018 (con posterior interposición de otra cuestión prejudicial sobre el mismo asunto por parte de la Sala de lo Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria, mediante Auto de fecha de 7 de diciembre de 2018, dictado en recurso de suplicación 850/2018), el TJUE dictó su sentencia de 12 de diciembre de 2019.

el ejercicio 2022 (LPGE 22/2021) sobre la cuantía final de la pensión resultante. Será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo y está limitado a cuatro veces el importe fijado por hijo/a. (MONEREO PEREZ; RODRIGUEZ INIESTA, 2022, p. 5 y ss.). Según datos oficiales (ESPAÑA, 2022g), a fecha julio 2022, se cuenta con 282.391 complementos por brecha de género, de los que 263.431 incrementan la cuantía de pensiones de mujeres, destacando el número de solicitantes que lo hacen por 2 hijos (127.866).

## 6 ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, y por ir concluyendo estas páginas, la brecha pensional es incontestable. Son menos los negacionistas en este ámbito que en otros del espectro feminista, probablemente, por la contundencia con que los datos oficiales reflejan lo lejos que se está aún de alcanzar una igualdad plena, real y efectiva entre mujeres y hombres en nuestro sistema de Seguridad Social y, particularmente, en nuestro sistema de pensiones, fiel reflejo de las desigualdades por razón de género existentes en el mercado de trabajo.

Siendo cierto que se han producido relevantes intentos para corregir la brecha de género, adoptándose distintas medidas de acción positiva, no lo es menos la falta de eficacia de algunas de las medidas ensayadas y lo mucho que queda por hacer en este sentido. Y, en consecuencia, apostar en favor de medidas compensadoras de las diferencias evidenciadas, promocionadoras de la remoción de obstáculos que, además, no terminen por generar nuevas discriminaciones como ha ocurrido con el maltrecho complemento por maternidad (actual complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones) será crucial en los años venideros.

En suma, la mitad de la población mundial no está dispuesta a perpetuar los sesgos de género que históricamente nos han perjudicado y solo cabe caminar hacia adelante, progresar y que las crisis, sean del tipo que sean, no sigan superándose a base de retroceder en materia de igualdad. Las mujeres no estamos dispuestas a permanecer calladas ante los retrocesos que se anuncian cada vez que se presentan problemas económicos y es del todo preciso repensar tanto el modelo económico y productivo como el sistema público de protección social, máxime en lo referido a la pensión contributiva de jubilación, que relega y perjudica a las mujeres en su actual concepción.

Este es el gran reto que deben enfrentar las generaciones presentes de mujeres y hombres. Superar la desigualdad de género cuyo máximo exponente

de las brechas laborales, sea cual sea el adjetivo calificativo que las acompañe, ha de constituirse en un elemento transformador, en un reto de futuro.

## BIBLIOGRAFÍA

AYUSO, Mercedes; CHULIÁ, Elisa. ¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas? En: **BBVA Mi Jubilación**, Documento de Trabajo n.º 22/2018, Madrid, p. 1-24, 2018.

ARPE. **El estado de la pobreza en España 2021**: avance de resultados. Madrid: European Anti-Poverty Network (EAPN), junio 2022.

ASÍ quedan las pensiones para 2022. La Revista de la Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Disponible en: <<https://revista.seg-social.es/-/as%C3%AD-quedan-las-pensiones-para-2022>>.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Junta de Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), n.º 112, p. 51-90, 2011.

BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género. En: **Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales**, Leioa (Bizkaia), Ed. Universidad del País Vasco, n.º 38, p. 152-177, 2017.

CABEZA PEREIRO, Jaime. Conciliación de vida privada y laboral. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Junta de Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), n.º 103, p. 45-65, 2010.

ESPAÑA. Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. 2022d. Disponible en: <<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST2>>.

ESPAÑA. Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. 2022f. Nacimiento y cuidado de menor. Disponible en: <<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/4a60e9f5-f322-4af2-930d-2f42a86aca59>>.

ESPAÑA. Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2022e. Disponible en: <<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2021/PNC/PNC.pdf>>.



ESPAÑA. Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2022g. Disponible en: <<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2021/PNM/PNM.pdf>>.

ESPAÑA. INE. Instituto Nacional de Estadística. Esperanza de Vida al Nacimiento según sexo (1414). 2022c. Modificado en 15 de junio de 2022. Disponible en: <<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=48882>>.

ESPAÑA. INE. Instituto Nacional de Estadística. Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo (3996). 2022b. Modificado en jueves 27 de octubre de 2022. Disponible en: <<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=49170>>.

ESPAÑA. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de octubre de 2022. 2022a. Disponible en: <[https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af/BM202207.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af-o96QLc3](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af/BM202207.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af-o96QLc3)>.

EUROSTAT. File: Table2 Life expectancy at 65.png: statistics explained. 2020. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Table2\\_Life\\_expectancy\\_at\\_65.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Table2_Life_expectancy_at_65.png)>.

EUROSTAT. Gender pension gap by age group: EU-SILC survey [ilc\_pnp13]. 2022a. 06 junio 2022. Disponible en: <[https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc\\_pnp13&lang=en](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc_pnp13&lang=en)>.

EUROSTAT. Mortality and life expectancy statistics: statistics explained. 2022b. 25 April 2022. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Mortality\\_and\\_life\\_expectancy\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Mortality_and_life_expectancy_statistics)>.

GRAU PINEDA, Carmen. **La brecha de las pensiones en España**. Albacete: Bomarzo, 2020a.

GRAU PINEDA, Carmen. La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género. En: NET21, n.º 11, mayo 2022. Disponible en: <<https://www.net21.org/la-enesima-reforma-de-las-pensiones-sin-perspectiva-de-genero/>>.

GRAU PINEDA, Carmen. La estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025 y la brecha en las pensiones. En: **Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, n.º 73, 2021.

GRAU PINEDA, Carmen. Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones. En: HIERRO HIERRO, Francisco Javier; RODRÍGUEZ, Aurelia Álvarez. **Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo”**. Pamplona: Aranzadi, 2020b. p. 763-798.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. La individualización de los derechos de conciliación: una asignatura pendiente. En: **Themis. Revista Jurídica de Igualdad de Género**, Madrid, Ed. Themis, Asociación de Mujeres Juristas, n.º 9, p. 5-10, 2011.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Brechas de género” y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección. En: **IQUAL. Revista de Género e Igualdad**, Murcia, Editum (Ediciones de la Universidad de Murcia), n.º 3, p. 1-26, 2020.

MONEREO PEREZ, José Luis; RODRIGUEZ INIESTA, Guillermo. Luces y sombras del complemento de brecha de género: (complemento de maternidad de 1995 *versus* complemento de brecha de género de 2021). En: **Revista de Derecho de la Seguridad Social**, Murcia, Ed. Laborum, n.º 31, p. 13-30, 2021.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad. En: **Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, n.º 77, p. 1-6, 2021.

RON LATAS, Ricardo Pedro; LOUSADA AROCHENA, José Fernando. Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad. En: **Revista de Derecho de la Seguridad Social**, Murcia, Ed. Laborum, n.º 12, p. 105-121, 2017.

Submissão em: 17 de novembro de 2022

Último Parecer favorável em: 12 de dezembro de 2022

### Como citar este artigo científico

GRAU PINEDA, Carmen. La brecha de género en las pensiones en España: estado de la cuestión. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 18-33, set.-dez. 2022.

## ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ<sup>1</sup>

### I NOTAS INTRODUCTORIAS: EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

**E**l primer reconocimiento constitucional del arbitraje en Venezuela se verificó en 1830. En efecto, mediante una norma que se repitió en la Constitución de 1857, la Constitución de 1830 dispuso que “los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos [...] con tal que se observen las formalidades legales” (art. 190). Ese reconocimiento constitucional terminó en la Constitución de 1858, la cual inició un silencio que se mantuvo hasta la Constitución de 1961 y que fue roto por la de Constitución de 1999<sup>2</sup>, a poco más de un año de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998.

La Constitución vigente empieza por entender que los “medios alternativos de justicia” forman parte del sistema de justicia (art. 253) y, luego, da la orden al legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (art. 258). Al respecto, la Sala Constitucional ha entendido que los árbitros pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, sin que ello signifique que esta forma de ejercicio de la jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial,

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI); Profesora de Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional en la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cmm26@hotmail.com

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* n. 36.860, 30 de diciembre de 1999.

por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que sean inferiores a los jueces de primera o segunda instancia del poder judicial<sup>3</sup>.

Para justificar la orden de promover el arbitraje contenida en el artículo 258 de la Constitución, en una decisión de 8 de febrero de 2002, la Sala Político-Administrativa de nuestro Alto Tribunal, afirmó que la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los Tribunales y el reducido número de los juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han ocasionado retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo cual, a su vez, ha ocasionado un gran desinterés por poner en marcha la actividad jurisdiccional para restablecer el orden jurídico infringido. Por ello, se reconoce la necesidad de establecer medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos el arbitraje, institución que permite a los particulares resolver sus controversias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, llamados árbitros, a quienes el Estado atribuye la facultad de juzgar<sup>4</sup>.

No obstante, llegar a semejante conclusión supuso recorrer un largo camino, en ocasiones tortuoso. Así, aunque el arbitraje ha encontrado acogida legal en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, solo fue con la reforma del Código en 1986<sup>5</sup>, que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral<sup>6</sup>, de manera que ya no se admitía escapar unilateralmente a su cumplimiento. En efecto, en la exposición de motivos del Código puede leerse que el acuerdo arbitral, como cualquier otra obligación de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil venezolano, debe cumplirse tal como ha sido contraído<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Tribunal Supremo de Justicia / Sala Constitucional, sentencia n.º 1139, 5 de octubre de 2000 (*Héctor Luis Quintero Toledo en amparo constitucional contra la sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de 23 de mayo de 2000*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Octubre/1139-051000-00-2084%20.htm>>.

<sup>4</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002, (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

<sup>5</sup> *Gaceta Oficial*, n.º 3.694, extraordinario, 22 de enero de 1986. Reformado y publicado en *Gaceta Oficial* n.º 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990.

<sup>6</sup> El artículo 504 del Código de 1916, disponía que, si una de las partes se negaba a cumplir su compromiso de someterse a arbitraje, el procedimiento arbitral simplemente cesaba o no se iniciaba, según el caso.

<sup>7</sup> Exposición de Motivos: “En nuestro país, la institución del arbitraje no había encontrado una franca recepción por la inocuidad de la cláusula compromisoria, la cual no tiene sanción legal alguna para el caso de su incumplimiento [...] ni procesal ni sustantiva, contra la parte que desconoce la cláusula compromisoria, y que por tanto se coloca en situación de incumplimiento del respectivo convenio, violándose con ello la norma del artículo 1.264 del Código Civil, en la que se estipula que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, siendo el deudor responsable de daños y perjuicios en caso de contravención”.

Sin embargo, el Código conservó algunas normas cuestionables, que mantienen al arbitraje anclado a esquemas procesales. Es el caso del recurso de apelación que, establecido en el artículo 611, procede contra la decisión del Tribunal que se pronuncia sobre la impugnación del acuerdo por una de las partes y que, en la práctica, fue acertadamente sustituido por el recurso de regulación de la jurisdicción<sup>8</sup>.

Tal como adelantamos, la Ley de Arbitraje Comercial se promulgó en 1998, y se reconoce fundamentada en la Ley Modelo de UNCITRAL –tal como los demás países latinoamericanos– y en las entonces vigentes normas colombianas sobre arbitraje (RODNER, 2000, p. 6 ss., especialmente p. 6-7). Así, nuestro legislador tomó en cuenta las disposiciones fundamentales de la Ley Modelo en algunos puntos y se separó de ella en otros. Quizá uno de los vacíos que se plantearon en primer término tuvo que ver, precisamente, con el arbitraje internacional. A este punto volveremos *infra*.

Lo que sí es necesario reconocer, desde ahora, es que la Ley significó un gran avance en materia arbitral para el sistema venezolano. En tal sentido, lo primero que habría que referir es la unificación de las nociones de cláusula arbitral y compromiso, muy bien diferenciadas en el Código de Procedimiento Civil<sup>9</sup>, y ahora arrojadas bajo la expresión acuerdo arbitral, y el reconocimiento de sus efectos, en el sentido de entenderlo como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 5 de la Ley.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje establece un criterio de arbitrabilidad mucho más claro que el manejado por el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil<sup>10</sup>,

---

<sup>8</sup> Así ocurrió en el caso PepsiCola. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 605, 9 de octubre de 1997. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: Hernández-Bretón, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, n.º 109, p. 141 ss.

<sup>9</sup> En el marco de nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, al diferenciarse claramente dos situaciones en las cuales las partes pueden someter sus asuntos a la decisión de un Tribunal arbitral, se da cabida a esta distinción. En este sentido, si las partes se encuentran en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa y en él expresarán las partes aquellos asuntos que deseen someter a arbitraje, si no constaren ya en juicio, además del número y nombre de los árbitros, su carácter y las facultades que les confieren y lo que se acuerde en relación con el procedimiento. La otra situación es que las partes no estuvieren en juicio, caso en el cual han de establecer su compromiso en un documento auténtico, en el cual expresarán las circunstancias antes mencionadas (art. 608 CPC). (Ver: RENGEL ROMBERG, 1999, p. 15 ss., especialmente p. 43).

<sup>10</sup> Art. 608, encabezamiento: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

tanto desde el punto de vista objetivo, en el artículo 3<sup>11</sup>, como desde el punto de vista subjetivo en el artículo 4 al referirse al arbitraje con entes del Estado<sup>12</sup>. Además, la Ley dispone de manera expresa los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo, en los artículos 7 y 25<sup>13</sup>, ninguno de ellos presente en el Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, la Ley dio un impulso importantísimo al arbitraje institucional, al establecer normas para la creación de centros de arbitraje y otorgar esa facultad creadora a las cámaras de comercio, a las universidades y a demás instituciones afines. Como resultado de ello, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas<sup>14</sup> –creado en 1998– como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA<sup>15</sup> –creado en 2001– han jugado un rol fundamental en el desarrollo del arbitraje en Venezuela.

Otra cuestión para destacar tiene que ver con el establecimiento de un procedimiento bastante flexible. Cuando se observan algunas regulaciones en Derecho comparado latinoamericano, se nota cierto apego a normas procesales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Arbitraje Nacional y Arbitraje

<sup>11</sup> Art. 3. “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

<sup>12</sup> Art. 4: “Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)”.

<sup>13</sup> Art. 7: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

Art. 25. “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.

<sup>14</sup> <<https://arbitrajeccc.org/>>.

<sup>15</sup> <<https://cedca.org.ve/>>.

Internacional de Colombia<sup>16</sup>, en cuyo procedimiento se puede observar cierto reflejo del proceso ordinario regulado en el Código General del Proceso<sup>17</sup>. La Ley venezolana, en cambio, asume gran flexibilidad en el proceso arbitral, hay gran respeto a la voluntad de las partes en su diseño y esa libertad se refleja, de alguna manera, en el contenido de los reglamentos de los centros de arbitraje en Venezuela.

Dentro de esta flexibilidad, se reconoce el poder cautelar del árbitro, quien, aunque requiere auxilio judicial para su ejecución, puede decretar tales medidas (art. 26) y además se permitió que, por su propia voluntad, las partes puedan prescindir de la motivación del laudo (art. 30). Esto último sí dio lugar a muchas discusiones entre la doctrina y hay todavía quien sostiene que esta norma es inconstitucional puesto que la motivación es un Derecho humano y se alega la imposibilidad de controlar el laudo cuando no hay motivación (ver discusiones en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2016, p. 229 ss.). Cuestión esta última con la que no estamos de acuerdo pues el expediente arbitral serviría para controlar posibles vicios.

La Ley establece el recurso de nulidad como el único medio del control del laudo dictado en Venezuela y, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar a él, la doctrina, con alguna excepción (BORJAS, 1973, p. 85), ha afirmado que ha de atenderse a la voluntad de las partes, al menos respecto de las causales susceptibles de disposición (MEZGRAVIS; CARRILLO; SAGHI, 2013, p. 503 ss., especialmente p. 513). El Código de Procedimiento Civil establecía unas normas sobre nulidad con causales muy genéricas, mientras que la Ley establece causales taxativas, el tiempo para la interposición del recurso y la autoridad competente para conocer de él (arts. 43 a 47). La Ley, además, refiere solo dos posibilidades de control del laudo, en función del lugar en el que haya sido dictado, de manera que si el laudo fue dictado en Venezuela contra el procedería el recurso de nulidad; si, en cambio, el laudo fue dictado en el extranjero, entonces deberá ser objeto de reconocimiento y ejecución. A esto último volveremos más adelante.

Paralelamente a este desarrollo interno, Venezuela es parte de los más importantes tratados en materia de arbitraje comercial internacional. Destacan, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)<sup>18</sup> y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención

<sup>16</sup> Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

<sup>17</sup> Ley 1562 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

<sup>18</sup> Nueva York, 1958. Publicada en *Gaceta Oficial* n.º 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

de Panamá)<sup>19</sup>. A estas dos convenciones especiales hemos de añadir el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros<sup>20</sup> y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)<sup>21</sup>.

## II LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL: ¿ACEPTACIÓN DEL MONISMO?

Como hemos afirmado antes, la Ley de Arbitraje Comercial no se refiere expresamente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, cuando el primer Proyecto se presentó al entonces Congreso de la República, contenía normas relativas al arbitraje comercial internacional. De hecho, en su artículo 2, el citado proyecto incorporaba la definición de arbitraje internacional en los términos del artículo 1.3 de la Ley Modelo y en su Exposición de Motivos reconocía expresamente que, “el objetivo de esta Ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, tanto nacional como internacional [...] es crear condiciones que den seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros”. Incluso, este texto reconocía como uno de sus objetivos “abrir para Venezuela la oportunidad de ser foro de arbitrajes internacionales [...], por la vía de la adopción de reglas de arbitraje comercial internacional”<sup>22</sup>.

Luego, por sugerencia de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados, el entonces Congreso de la República decidió eliminar el artículo 2 del Proyecto, en el entendido que tal eliminación no afectaba el espíritu de la Ley (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 53). Sin embargo, este silencio constituyó un punto de separación de la Ley venezolana respecto de la Ley Modelo, y provocó que muchos autores, luego de promulgada la Ley, se preguntaran si esta regulaba el arbitraje internacional o, por el contrario, este instrumento se limitaba a la reglamentación del arbitraje interno.

Al respecto James Otis Rodner, quien fue proyectista de la Ley, afirmó que la Ley de Arbitraje Comercial se aplicaría a los arbitrajes llevados a cabo en Venezuela, fueran internos o internacionales, siendo irrelevante, a tales efectos, el lugar del domicilio de las partes o el lugar de ejecución del contrato (RODNER, 2000, p. 7). Sánquiz llegó a una conclusión semejante a partir del hecho de que la Ley no excluyó expresamente el arbitraje internacional, además recordó que

<sup>19</sup> Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Panamá, 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 33.170, 22 de febrero de 1985.

<sup>20</sup> Caracas, 1911. *Gaceta Oficial* n.º 15.013, 7 de octubre de 1913.

<sup>21</sup> Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, *Gaceta Oficial* n.º 33.144, 15 de enero de 1985.

<sup>22</sup> Texto reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1998, n.º 52, p. 411-413.



el proyecto original regulaba el arbitraje internacional, razón por la cual este no debería considerarse excluido (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 55).

Maekelt, por su parte, comenzó por afirmar que la inclusión en la Ley venezolana de normas sobre la aplicación preferente de los tratados (art. 1), el lugar del arbitraje (art. 9); el idioma (art. 10); la Ley aplicable al acuerdo arbitral (49.g) y las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 48 y 49) constituye un indicio para entender que, en efecto, nuestra Ley sí regula el arbitraje internacional. Sin embargo, la propia autora reconoce las innegables falencias de la Ley respecto del arbitraje internacional: la Ley no se ocupó de regular los temas relativos a la propia calificación de la internacionalidad del arbitraje; a la nacionalidad de los árbitros y a su recusación; al poder cautelar del árbitro en el arbitraje internacional; y, desde luego, a los temas de Derecho aplicable al arbitraje (MAEKELT, 1999, p. 273 ss., especialmente p. 291-295). Rengel Romberg (1999, p. 48-51) también fundamenta su opinión favorable a la regulación del arbitraje internacional por la Ley, en las normas sobre eficacia extraterritorial de laudos.

A pesar de algunas opiniones contrarias<sup>23</sup>, en otras oportunidades nos hemos mostrado favorables a la aplicación de la Ley al arbitraje internacional<sup>24</sup>. Tal posición se fundamenta en la admisión, por parte de nuestro sistema, de una regulación monista para el arbitraje, al no establecer diferencia alguna –como ocurre por ejemplo con los sistemas colombiano, argentino o uruguayo– en la regulación del arbitraje interno y el internacional (en este sentido: SANTANA PÉREZ; VILLAROEL, 2019, p. 613 ss., especialmente p. 614). Para Ochoa resulta obvia tal circunstancia (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 241 ss., especialmente p. 246). Lo mismo puede decirse de Hernández-Bretón (2017, p. 1063 ss., especialmente p. 1.064).

### III INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Tal como hemos afirmado, la norma que califica al arbitraje como internacional fue excluida de la versión definitiva de la Ley, lo cual ha abierto algunas discusiones en la doctrina. Al respecto, Maekelt se muestra favorable a la calificación del arbitraje como internacional, a partir de criterios amplios, tomando como ejemplo la calificación que, de arbitraje internacional, contiene la propia Ley Modelo, de manera que –afirma acertadamente Maekelt– “[...]”

<sup>23</sup> Para Guerra Hernández (2001, p. 45 ss., especialmente p. 58-59), por ejemplo, las normas referidas no son suficientes para afirmar que la Ley de Arbitraje regula el arbitraje internacional.

<sup>24</sup> Es la opinión que hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1267 ss., especialmente p. 1.277.

cualquier elemento de conexión extranjero en relación a una controversia que se desea someter al arbitraje o la conexión foránea de este último son determinantes para considerarlo internacional.” (MAEKELT, 1999, p. 277).

En todo caso, en Venezuela el análisis de la internacionalidad del arbitraje pasa, necesariamente, por una referencia a la decisión de la Sala Político-Administrativa en el caso *PepsiCola*<sup>25</sup>. Aunque esta decisión no se refiere directamente a la internacionalidad del arbitraje, sino más bien a la imposibilidad de acudir a arbitraje fuera de Venezuela, en los casos en los cuales la controversia versa sobre una relación de carácter doméstico<sup>26</sup>, resulta esencial para nuestro análisis debido a que en la misma se parte de una concepción amplia de la internacionalidad de los contratos y se admite, además, la tesis económica para realizar tal calificación.

En efecto, para calificar contrato como internacional, y así admitir la validez del acuerdo por el cual las partes decidieron someterse a arbitraje en el extranjero, la Sala se inclinó hacia una calificación amplia que exceda los límites de un análisis puramente jurídico y considere también los aspectos económicos de la situación discutida. Así, dejando un poco de lado los contactos objetivos del contrato con ordenamientos extranjeros, la Sala toma en consideración que “[...] el objeto y el renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzada incidencia en el comercio internacional”, razón por la cual, acogiendo el llamado criterio económico, consideró que se trataba de un contrato de carácter internacional, con relación al cual resultaba válida la sumisión a un Tribunal arbitral en el extranjero.

A partir de esta decisión podemos afirmar que la internacionalidad del arbitraje ha de ser considerada mediante criterios amplios entre los cuales se considera particularmente el criterio económico. Así las cosas, solo sería calificado como doméstico un arbitraje cuyos elementos estén todos ubicados en territorio venezolano.

#### IV PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE

Los temas de Derecho aplicable, como hemos adelantado, fueron silenciados por la Ley de Arbitraje y este silencio se ve agravado por la exclusión

<sup>25</sup> Ver datos en nota n.º 7.

<sup>26</sup> En efecto, en esta sentencia, la Sala empieza por reconocer, a partir de los artículos II.1 de la Convención de Nueva York y 1 de la Convención de Panamá, que “[...] Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio mercantil **internacional**, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje” (resaltado nuestro).

que hizo la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>27</sup> de los temas relativos al arbitraje. En efecto, la Ley de Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 62, que “salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”. El artículo 47 establece los casos en los cuales la jurisdicción venezolana no podrá ser derogada a favor de Tribunales extranjeros o de árbitros que decidan en el extranjero<sup>28</sup>.

Como consecuencia de este silencio, la doctrina ha propuesto soluciones al problema del Derecho aplicable en el arbitraje, echando mano, en algunos casos, de las fuentes convencionales sobre la materia. Para analizar este problema, distinguimos cuatro aspectos en el arbitraje con relación a los cuales se plantea el tema del Derecho aplicable: arbitrabilidad del litigio; el acuerdo arbitral; el procedimiento arbitral y el fondo de la controversia. Veamos.

#### **IV.1 Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio**

Por lo que respecta al Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio hemos de reconocer en primer lugar que, siendo esta una cuestión demasiado compleja que toca las concepciones nacionales particulares es difícil, sino imposible, fijarla con exactitud en el texto de un tratado internacional (FOUCHARD, 1965, p. 107). Por ello, a lo máximo que se ha llegado es a establecer normas de conflicto que indiquen el ordenamiento jurídico competente para llevar a cabo tal determinación. En todo caso, para dar una respuesta certera, es necesario diferenciar si la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio está siendo hecha en sede arbitral o en sede jurisdiccional<sup>29</sup>.

Si el problema se plantea ante el árbitro, este puede recurrir tanto a normas estatales como a normas transnacionales. Si se decide por una norma estatal, puede elegir, en primer lugar, el ordenamiento jurídico competente para regular el acuerdo arbitral; respuesta que parece sumamente lógica si consideramos el principio de separabilidad del acuerdo. No obstante, es generalmente aceptado –y según veremos *infra* nuestro sistema no escapa a ello– someter el acuerdo

<sup>27</sup> Gaceta Oficial n.º 36.511, 6 de agosto de 1998.

<sup>28</sup> Art. 47. “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

<sup>29</sup> Seguiremos en este punto nuestro trabajo Madrid Martínez, 2006, p. 79 ss., especialmente p. 86-88. Ver: Racine (1999, p. 152 ss.)

al Derecho elegido por las partes, y estando la arbitrabilidad ligada a nociones de orden público, otorgar competencia al Derecho seleccionado por las partes puede ir en detrimento, justamente, de una norma imperativa que declare inarbitrable el litigio (RACINE, 1999, p. 153), por lo cual se hace necesario ser sumamente cuidadoso con la elección.

El árbitro puede, en segundo lugar, recurrir al Derecho del Estado donde se esté llevando a cabo el arbitraje. Aunque la doctrina no se muestra muy de acuerdo con este criterio debido a la autonomía del arbitraje, este ha sido aplicado en varias oportunidades por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)<sup>30</sup>.

El criterio que parece gozar de mayor aceptación es la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del laudo. Así se establece, al menos indirectamente, en los artículos 5.2.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá y 49.f de la Ley venezolana, al disponer la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando según el Derecho del Estado de reconocimiento considere que el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje<sup>31</sup>. Aunque absolutamente lógica, esta solución presenta un gran inconveniente: en todo caso, el árbitro deberá considerar –adivinar– el Derecho del lugar –probable– de ejecución del laudo, so pena de dictar un laudo inejecutable. Es fácil entender la dificultad de esta solución.

Ahora bien, con el fin de evitar las complicaciones propias del funcionamiento del sistema conflictual, se ha propuesto la posibilidad de que el árbitro recurra a normas transnacionales que le ofrecerán, de manera directa, los criterios para considerar como arbitrable una controversia determinada. La patrimonialidad y la disponibilidad de los derechos en causa suelen citarse como ejemplos. Racine sugiere, incluso, la existencia de un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad que, similar al orden público en el Derecho interno, no permita derogar la jurisdicción estatal o que, similar al orden público en Derecho internacional privado, haga que el árbitro descarte un ordenamiento jurídico que considere la controversia en cuestión como arbitrable (RACINE, 1999, p. 165-166).

Por ejemplo, la limitación impuesta a las personas jurídicas regidas por un régimen de Derecho público, para acudir a la sede arbitral, se presenta

<sup>30</sup> Así, en el caso ICC-Nº 6106 de 1988, el Tribunal arbitral, establecido en París, aplicó el Derecho francés a la arbitrabilidad del litigio, afirmando que “*les arbitres doivent aussi étudier l’arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l’arbitrage où pourrait être formé un recours en annulation de la sentence*”.

<sup>31</sup> Fouchard (1977, p. 63 ss., especialmente p. 67) por ejemplo, considera la posibilidad de aplicar acumulativamente las normas vigentes en el lugar de ejecución de la sentencia y aquellas competentes para regir el acuerdo arbitral; solución que, sin duda, tiene las complicaciones propias del fraccionamiento de la relación jurídica y la consecuente posibilidad de tener que recurrir al método de la adaptación.

como un principio generalmente aceptado. Nuestro legislador no ignoró esta circunstancia y consagró este límite en los artículos 4 y 50 de la Ley de Arbitraje Comercial imponiendo que, previa autorización, en tales casos el Tribunal arbitral esté compuesto por no menos de tres árbitros.

Finalmente, puede ocurrir que el problema de la arbitrabilidad se presente ante el juez estatal, quien deberá proceder a tal determinación, bien al momento de la ejecución del acuerdo arbitral, bien por un recurso de nulidad contra el laudo o, finalmente, con miras a su reconocimiento y ejecución. En los tres casos, el juez estará generalmente llamado a aplicar su propio Derecho. En efecto, estando la arbitrabilidad ligada a conceptos de orden público, no parece viable que el juez esté dispuesto a considerar un Derecho extranjero.

#### **IV.2 Derecho aplicable al acuerdo arbitral**

En la determinación del Derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral han de tomarse en cuenta, tanto los aspectos formales, como los de fondo. En lo que respecta a los temas de fondo, la doctrina, a partir de la causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo dictado en el extranjero, contenida en el artículo 49.g de la Ley venezolana, norma de conformidad con la cual, el laudo será rechazado cuando “[...] el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”. A pesar de que la fuente de inspiración de esta norma es el artículo 36.1.a.i de la Ley Modelo, la Ley venezolana no incluyó la referencia al Derecho aplicable al acuerdo en defecto de elección, cuestión que es resuelta tanto por la Ley Modelo, como por los artículos 5.1.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá, con una remisión al Derecho del Estado en que se haya dictado el laudo. El silencio de la Ley nos conduce a afirmar la aplicación del Derecho del lugar en el cual el laudo ha de ser dictado, en calidad de principio generalmente aceptado extraído de las soluciones convencionales citadas (esta solución es aceptada en: HERNÁNDEZ BRETÓN, 1999, p. 61 ss., especialmente p. 70; SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 171).

Ahora bien, se ha admitido que la elección del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita; y en el caso de la elección tácita el Derecho aplicable al fondo del arbitraje puede entrar a jugar un papel importante a pesar del principio de separabilidad del acuerdo. En efecto, tal como afirma Sánquiz Palencia, “la cláusula de elección del Derecho aplicable al contrato principal puede ser considerada como uno de los elementos que permitirán al árbitro determinar la existencia de una elección tácita del Derecho

aplicable al acuerdo arbitral”. No obstante, tal como acertadamente apunta la autora, este es solo uno de los elementos a considerar; además habría que tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso de negociación y ejecución del contrato, así como las demás cláusulas contractuales (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 163).

Por otra parte, la aplicación, en ausencia de elección, del Derecho del lugar donde se dictó el laudo conduce a una interrogante: ¿dónde debe entenderse efectivamente dictado el laudo? Al respecto, algunos estiman que el laudo se dicta en el lugar en que se firma; otros, en cambio, afirman que el laudo es dictado en el lugar indicado en su propio texto, independientemente del lugar en que se hubiere firmado (ver doctrina citada en: SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 169). En Venezuela, de conformidad con la parte final del artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial, “el laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje”.

La validez formal del acuerdo, por su parte, está regulada en nuestro sistema mediante normas materiales que establecen directamente la manera en que ha de exteriorizarse la voluntad de las partes de someterse a arbitraje<sup>32</sup>. Así, de conformidad con el artículo II.2 del Convenio de Nueva York “la expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. De forma similar la Convención de Panamá, en su artículo 1 *in fine*, entiende que “el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, dándole más importancia a la voluntad que a la forma, dispone en su artículo 6 que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito “[...] en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje [...]”. La norma también admite que el acuerdo esté en el mismo contrato o en un instrumento separado

En cuanto a la expresión “por escrito”, la jurisprudencia ha entendido, acertadamente, que la misma incluye, al lado del documento tradicional, la declaración de voluntad mediante otros medios telemáticos<sup>33</sup>. Además, como una manifestación particular del principio de equivalencia funcional reconocido en el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas<sup>34</sup>, en el caso

<sup>32</sup> El recurso al método conflictual en esta materia ha sido muy criticado por resultar artificial e inconveniente. Ver: Gaillard; Savage (1999, p. 369).

<sup>33</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político-Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

<sup>34</sup> *Gaceta Oficial* n.º 37.148, 28 de febrero de 2001.

UNISEGUROS se dejó claro que el acuerdo puede provenir de un intercambio de mensaje de datos<sup>35</sup>.

El propio artículo 6 establece, además, un elemento importante: la protección en contratos de adhesión, en los cuales el acuerdo debe expresarse de manera separada. En efecto, para garantizar que el acuerdo incluido en un contrato predeterminado por una sola de las partes sea fruto de la expresión de la voluntad libre y sana de la parte que acepta el contrato y que no se trata de una imposición, la Ley requiere que el acuerdo se pacte en un documento separado del contrato. Con fundamento en esta norma, el Tribunal Supremo ha rechazado acuerdos arbitrajes contenidos en conocimientos de embarque<sup>36</sup>.

### IV.3 Derecho aplicable al procedimiento arbitral

Tal como ocurre con el acuerdo de arbitraje, la determinación del Derecho aplicable al procedimiento arbitral también depende de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En efecto, de conformidad con el artículo 49.c de la Ley de Arbitraje, se podrá negar el reconocimiento o la ejecución del laudo “cuando la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje”. Esta norma se ajusta relativamente a los artículos 5.1.d de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Estos últimos refieren una posibilidad omitida por la Ley venezolana: que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral hayan sido diseñados por las partes en el acuerdo arbitral, de manera que si estos no se ajustan al acuerdo también habrá lugar a negar el reconocimiento o ejecución.

---

<sup>35</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 01300, 8 de octubre de 2014, (*Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A. c. Americana de Reaseguros, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133.HTML>>.

<sup>36</sup> “[...] aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos [...]”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1252, 30 de mayo de 2000 (*Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01252-300500-15341%20.HTM>>. En sentido similar, aunque en referencia a una cláusula de elección de foro: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1359, 13 de junio de 2000 (*Molinos Carabobo C.A. (Mocasa) vs. Filippou Filippou*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01359-130600-14878%20.HTM>>.

En definitiva, en Venezuela se acepta que el procedimiento arbitral, incluida la composición del Tribunal arbitral, pertenecen al terreno de la voluntad de las partes (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 204-205) quienes en uso de esa facultad pueden, bien establecer directamente el procedimiento, bien elegir el Derecho aplicable al mismo. En defecto de esta elección es que podrá recurrirse al Derecho del lugar del arbitraje. Sin embargo, Hernández Bretón sostiene que es poco probable que un Tribunal venezolano reconozca o ejecute un laudo arbitral extranjero si el procedimiento arbitral no respeta las normas imperativas del Estado en el que se llevó a cabo el arbitraje y, añade, que el acuerdo de las partes también estará limitado por esas normas imperativas del lugar del arbitraje (HERNÁNDEZ BRETÓN 2017, p. 1.070).

#### **IV.4 Derecho aplicable al fondo de la controversia**

En materia de Derecho aplicable al fondo de la controversia, la Ley se conformó con reproducir, en el artículo 8, la parte final del artículo 25 de la Ley Modelo, ordenando al árbitro tener siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres del lugar, pero no hace referencia al Derecho aplicable, lo cual habría sido ciertamente conveniente. No obstante, hemos de destacar la ayuda de las disposiciones correspondientes de los reglamentos de los centros de arbitraje. En efecto, tanto el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2016)<sup>37</sup> como el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA (2020)<sup>38</sup> facultan a las partes para designar el Derecho aplicable y en ausencia de elección, ambos admiten la aplicación del Derecho que el Tribunal arbitral considere más “apropiado”. Además, ambos ordenan tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables.

---

<sup>37</sup> Art. 59. “Normas Jurídicas Aplicables al Fondo del Litigio. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables”.

<sup>38</sup> Art. 34. “Normas aplicables al fondo de la controversia

34.1. El Tribunal Arbitral aplicará al fondo de la controversia el derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no convinieren en el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado.

34.2. El Tribunal Arbitral decidirá en equidad (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello, y si el derecho aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

34.3. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles de general aceptación aplicables al caso”.



Gonzalo Parra Aranguren ha interpretado el silencio de la Ley como una admisión de la posibilidad para los árbitros de “decidir el caso como consideren más apropiado” (PARRA ARANGUREN, 2000, p. 57 ss., especialmente p. 68). Sánquiz Palencia, por su parte, se muestra favorable a la aceptación de la autonomía conflictual, tanto en materia de obligaciones contractuales, como en el caso de obligaciones extracontractuales. La autora fundamenta su opinión en la consideración de la autonomía conflictual como un principio de general aceptación en el Derecho comparado. Además, tratándose de una elección mediante una cláusula contractual, esta estaría cubierta por el ya citado artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 140).

## **V RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO EXTRANJERO EN VENEZUELA**

Entender el funcionamiento de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos en Venezuela pasa, necesariamente, por la determinación de los laudos que pueden ser objeto de tal reconocimiento. En este sentido, la Ley Modelo parte de la diferencia entre laudos internacionales y los laudos internos, pues este instrumento tiende a un tratamiento uniforme de los laudos arbitrales, independientemente del país en el cual hayan sido dictados, “en consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos ‘internacionales’, sean ‘extranjeros’ o ‘nacionales’, deberían regirse por las mismas disposiciones” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 39-40).

Es necesario tener en cuenta que, si entendemos que la Ley venezolana asume la concepción de la Ley Modelo, estaríamos en un escenario semejante al que plantean los sistemas colombiano y argentino, de manera que los laudos dictados en Venezuela en un arbitraje internacional serían susceptibles de reconocimiento y ejecución, en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no creemos que los laudos dictados en Venezuela para resolver arbitrajes internacionales, en los términos antes señalados, puedan ser objeto de reconocimiento. En nuestra opinión –y así lo hemos afirmado *supra*–, la Ley marca una línea fundamental al establecer que solo hay dos posibilidades para controlar el laudo: el recurso de nulidad si el laudo se ha dictado en Venezuela, y el reconocimiento y la ejecución si se ha dictado en el extranjero (MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1.276).

De hecho, al referirse al Acuerdo Boliviano, Parra Aranguren destacó la importancia de que se tratase de un laudo dictado fuera de Venezuela. En

efecto, entender que es necesario que la decisión a reconocer sea dictada en el extranjero –afirma el autor–

[...] tiene particular importancia respecto de los laudos arbitrales por cuanto, desde una perspectiva teórica, su extranjería [entendemos que en el sentido de internacionalidad] puede depender de uno cualquiera de los siguientes elementos: la nacionalidad de los árbitros; la nacionalidad o el domicilio de las partes; el lugar del arbitraje; la ley aplicable al procedimiento arbitral o el objeto de la controversia. De todas las anteriores posibilidades fue escogido el lugar de su pronunciamiento como determinante para la vigencia del Convenio (PARRA ARANGUREN, 1976, p. 49).

La limitación del reconocimiento y la ejecución a que se refiere el artículo 48 de la Ley al caso de los laudos dictados en el extranjero se fundamenta en que, tal como afirma Escovar Alvarado, el derecho a recurrir consagrado por el artículo 49 de la Constitución de la República, no es extensible al resultado de los procedimientos llevados ante autoridades –judiciales o arbitrales– localizadas en el extranjero. Ello a pesar de que, según señalaremos más adelante, en Venezuela se haya admitido el recurso de amparo contra laudos dictados fuera de nuestro país (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 783 ss., especialmente p. 785).

Nuestra Ley se separa, entonces, de la idea asumida por la Ley Modelo que distingue el arbitraje interno del internacional y se centra, más bien, en el lugar donde se dicta el laudo, distinguiendo entre laudos nacionales y laudos extranjeros. En Venezuela, autores como Maekelt (1999, p. 292), Rodner<sup>39</sup> y Hung Vaillant (2001, p. 323), se han mostrado favorables a esta interpretación.

No obstante, otros autores admiten la posibilidad de aplicar estas normas sobre reconocimiento y ejecución a los laudos dictados en Venezuela, en los casos en que se trate de arbitrajes internacionales, y fundamentan su opinión en el artículo I.1 de la Convención de Nueva York (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 248), pues esta norma, luego de disponer la aplicación de la Convención a “[...] sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias[...]”, admite que también podrá aplicarse a “[...] las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, lo cual se ha entendido, justamente, como una referencia a los laudos dictados, en el Estado de reconocimiento, con ocasión de arbitrajes internacionales.

---

<sup>39</sup> “Les sentences rendues dans des arbitrages tenus en dehors du Venezuela sont considérées comme des sentences étrangères.” (RODNER, 2000, p. 8).

En nuestra opinión esta posibilidad encontraría un obstáculo en el hecho de que Venezuela, cuando adhirió la Convención de Nueva York, hizo una declaración de manera que “[...] solo aplicará la presente Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante”<sup>40</sup>. Esta declaración es reconocida en el caso PepsiCola, cuando el juzgador declara que, en Venezuela, la Convención de Nueva York se aplica únicamente a sentencias arbitrales extranjeras, entendiéndose por tales “las dictadas en el territorio de otro Estado contratante”.

Esta declaración, si bien referida al ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, es demostrativa de la posición del Estado venezolano respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, lo cual es de hecho reafirmado en el caso PepsiCola, con lo cual, hemos de concluir que Venezuela se separó en este aspecto de la Ley Modelo y que, en nuestro país, solo los laudos extranjeros –los dictados fuera de Venezuela– son susceptibles de reconocimiento y ejecución en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Ahora bien, la Ley venezolana acepta la procedencia de un reconocimiento automático del laudo arbitral. La aceptación de tal reconocimiento automático conjuga, por una parte, el principio pro arbitraje que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente en Venezuela, y, por la otra, el llamado derecho al reconocimiento, ampliamente conocido en materia de sentencias judiciales y que no debería haber problema en aceptar en materia de arbitraje. Veamos.

En primer lugar, el principio pro arbitraje parte de la concepción de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo, según la cual existe un derecho fundamental al arbitraje, es decir, el arbitraje no es un mero descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino que es una herramienta fundamental que contribuye a garantizar el derecho a una tutela efectiva. El arbitraje no es excepcional, es una forma de administración de justicia, con lo cual las partes tienen derecho a someterse a un proceso arbitral que sea accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones o formalismos inútiles. El arbitraje está, de alguna manera, vinculado al artículo 26 de la Constitución y garantiza administración de justicia. No obstante, aclara la Sala, el reconocimiento de este principio no implica, en modo alguno, promover un sistema de sustitución de la jurisdicción ordinaria<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> En sentido similar se pronuncia Hernández Bretón (2017, p. 1.064), para quien “a ‘foreign arbitral award’ is an award issued in the territory of a contracting State other than the State in which recognition is sought”.

<sup>41</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 192, 28 de febrero de 2008, (*Bernardo Weininger et al., en nulidad por inconstitucionalidad del artículo 87, ordinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>>.

El arbitraje, ha reconocido la Sala Constitucional “[...] es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”<sup>42</sup>.

Con estas reflexiones, el alto Tribunal reconoce el rol del arbitraje como un vehículo para garantizar la tutela efectiva. Pero tengamos en cuenta que esa tutela no solo se brinda en la etapa de decisión, es decir, al permitir al árbitro cumplir con la función jurisdiccional de conocer y decidir las controversias que le sean planteadas. La tutela también puede brindarse en sede de reconocimiento (tal es la expresión utilizada por VIRGÓS SORIANO; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2000, p. 30), al admitirse la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluso cuando tales situaciones vengán constituidas o reconocidas por un laudo arbitral. Con fundamento en esta necesidad, los diversos ordenamientos jurídicos han construido sistemas que permiten la circulación de decisiones y laudos extranjeros, sin dejar de lado la protección de su propio sistema.

Así las cosas, la circulación de los laudos –entendida siempre como más sencilla que la circulación de sentencias judiciales, siendo incluso calificada como una de las ventajas del arbitraje– materializa también la tutela en sede de reconocimiento, con lo cual, tal como ocurre en materia de eficacia extraterritorial de sentencias, ha de entenderse que, una vez proferido el laudo arbitral, las partes tienen derecho a que el mismo sea reconocido en Estados distintos de aquel en el cual fue proferido.

En nuestra opinión, siendo que mediante el arbitraje se alcanza también la tutela efectiva de los derechos de las partes, no debe haber problema en trasladar el principio del derecho fundamental al reconocimiento de las sentencias extranjeras a los laudos arbitrales dictados en el extranjero. La admisión de un derecho al reconocimiento en materia de laudos arbitrales, como hemos adelantado, fundamenta el reconocimiento automático establecido en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

---

<sup>42</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, (*Centro de Arbitraje de la Cámara De Caracas, remisión de copia certificada del laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016 por instrucciones del Tribunal Arbitral, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 25.12 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la desaplicación por control difuso del literal “j” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>>.

Ahora bien, ese reconocimiento automático implica que el laudo se entiende como “vinculante e inapelable”. Que el laudo sea vinculante implica, para utilizar los términos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, que una vez dictado y notificado a las partes este será de obligatorio cumplimiento para ellas, “[...] como si se tratara de una sentencia judicial venezolana” (MEZGRAVIS, 1999, p. 205 ss., especialmente p. 212). Es importante tener en consideración que cuando las partes aprueban un acuerdo arbitral, no solo se comprometen a ir a arbitraje, sino que también se obligan a cumplir lo que decide el Tribunal arbitral. Este carácter vinculante, como hemos dicho, no depende de un procedimiento previo de reconocimiento.

Que sea inapelable supone que contra el laudo no cabe recurso alguno. Tengamos en cuenta que ni el recurso de nulidad, ni la revisión de los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley a los efectos de la ejecución del laudo, implican una revisión de la decisión de fondo. Sin embargo, estando el arbitraje fundamentado en la voluntad de las partes, cuya fuerza alcanza incluso el diseño del procedimiento, es perfectamente posible que las propias partes decidan que el laudo será apelable, sea ante una instancia judicial, sea ante una instancia arbitral<sup>43</sup>. El propio Tribunal Supremo, en Sala Civil, ha reconocido que “[...] el laudo que le ponga fin [a la controversia], si fuere de derecho, será inapelable, salvo pacto en contrario”<sup>44</sup>.

Así, en primer término, si las partes lo deciden, el laudo puede ser apelable ante la jurisdicción ordinaria. Tal supuesto es reconocido cuando el artículo 321.4 del Código de Procedimiento Civil<sup>45</sup> dispone que el recurso de casación puede proponerse “contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales [...]”, cuando se cumplan los requisitos relativos a la cuantía. En segundo término, los cuestionamientos referidos a la no garantía de una segunda instancia en materia arbitral, han dado cabida a algunas opiniones favorables a la admisión de la llamada segunda instancia arbitral, la cual, desde luego, también dependería, exclusivamente, de la voluntad de las partes (RODRÍGUEZ, 2019, p. 1.259 ss.). La admisión de esta posibilidad vendría a constituir una garantía contra los errores cometidos por los árbitros y limitaría el control de los laudos a una instancia también arbitral, lo cual, en definitiva, fortalece el arbitraje.

Pero siendo la voluntad de las partes el fundamento para la procedencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral –sea en sede judicial, sea en sede arbitral– en ausencia de esta ha de entenderse que el laudo es inapelable y la única forma de impugnación es el recurso de nulidad para los laudos

<sup>43</sup> En tal sentido se han pronunciado, Hung Vaillant (2001, p. 215); Mezgravis (1999, p. 211).

<sup>44</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 82, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. contra Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

<sup>45</sup> *Gaceta Oficial* n. 4.209, Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

dictados en Venezuela o la negativa de ejecución para los laudos dictados en el extranjero.

Ahora bien, reconocido el laudo arbitral dictado fuera de Venezuela, sin requerir procedimiento alguno, la parte interesada en su ejecución puede solicitarla directamente. Así lo dispone el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana cuando, luego de establecer que el laudo, cualquiera que sea el país en el que se haya dictado, será reconocido en Venezuela como vinculante e inapelable, dispone que el mismo será ejecutado, sin requerir exequátur –lo cual fue celebrado por la doctrina y calificado como “[...] uno de los grandes aportes de la Ley de Arbitraje Comercial [...]” (MAEKELT, 1999, p. 289). Ahora la ejecución procederá “[...] tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente [...], según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias”. Así, a diferencia del reconocimiento que, como hemos afirmado, procede de manera automática, la ejecución requiere de un trámite calificado como muy sencillo por la doctrina (HUNG VAILLANT, 2001, p. 323).

Tal procedimiento inicia con la solicitud hecha al Tribunal competente, la cual deberá estar acompañada de una copia del laudo certificada por el Tribunal arbitral, traducida al castellano, si fuere el caso. Debemos reconocer mucha mayor flexibilidad en el artículo 48 que en la versión de 1985 del artículo 35.2 de la Ley Modelo que exigía “[...] el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje [...] o copia debidamente certificada del mismo”. Esta rigidez, desechada por la Ley venezolana, fue corregida en la revisión de 2006 de la Ley Modelo, que solo exige el original o copia del laudo y, si fuere necesario, una traducción del mismo. Según se lee en la Nota Explicativa, con este cambio se buscó “[...] liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 40).

Otro cambio que destaca entre las dos versiones del artículo 35.2 de la Ley Modelo tiene que ver con la necesidad de traducción. En efecto, mientras la versión de 1985 exigía una “traducción debidamente certificada” al idioma oficial del Estado de reconocimiento, la versión de 2006 se conforma con “una traducción del laudo a ese idioma”, con lo cual parece haberse dejado de lado el carácter certificado de la misma. El artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, requiere que el laudo esté acompañado de una “traducción al idioma castellano si fuere necesario”. Esta redacción de nuestra Ley parece sugerir que una traducción simple sería suficiente. Sin embargo, es muy probable que el juez, con fundamento en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, ordene que la traducción sea hecha por un intérprete público, o que, en defecto de este, sea hecha por un traductor nombrado por él, “quien prestará juramento de traducir con fidelidad su contenido”.

Bien, el procedimiento, tal como lo ordena el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, se sigue de conformidad con las reglas sobre ejecución de sentencias del Código de Procedimiento Civil, con la particularidad de que en este proceso la parte contra la cual obra el laudo, o el propio juez de oficio en los casos permitidos, pueden alegar algunas de las causales para su negativa contenidas, según sea el caso, en la Convención de Nueva York, en la Convención de Panamá o en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

La pregunta que nos hacemos en este punto es –considerando que este no es un procedimiento de exequátur, sino un procedimiento de ejecución llevado por un Tribunal de instancia– si contra esa sentencia que ordena la ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero, o que la niega por verificarse alguna de las causales para ello, procede algún recurso. Escovar Alvarado, luego de reconocer el silencio del sistema sobre este punto, pone de manifiesto el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado, tradicionalmente, recursos contra decisiones que se pronuncien sobre la validez de laudos arbitrales<sup>46</sup>. El fundamento de estas decisiones, tal como destaca el autor es la celeridad y simplicidad que deben caracterizar al arbitraje (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

Henríquez La Roche, por el contrario, parte de la idea según la cual, una decisión que niegue ejecución al laudo arbitral causa un gravamen irreparable y, por tal razón debe ser objeto de recursos ordinarios –apelación– y extraordinarios –casación. Además, el autor se fundamenta en que de conformidad con el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, “de toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario” y no existe, en materia de arbitraje, una disposición especial en contrario. Además, no sería lógico –sostiene Henríquez La Roche– dejar en manos de un Tribunal de primera instancia, la suerte de un arbitraje internacional (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, p. 325). Escovar Alvarado se muestra de acuerdo con esta posición y añade que la garantía de doble instancia apuntala la posibilidad de recurrir una decisión que niegue reconocimiento o ejecución a un laudo arbitral dictado en el extranjero (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

---

<sup>46</sup> Escovar Alvarado cita las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00874, 13 de agosto de 2004 (*Promotora E.P. 1697, C.A. c. Asociación Civil El Carrao*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RH-00874-130804-04574.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 01314, 9 de noviembre de 2004 (*Operaciones FF, C.A. contra sentencia dictada en el juicio seguido en su contra por Valores Venafin, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-01314-091104-031031.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00454, 29 de junio de 2006 (*Tensaven y Anclajes Venezolanos C.A. c. Giovanni Boldrin*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RH-00454-290606-06396.HTM>>.

Aceptar esta tesis nos obliga a replantearnos las bondades de la eliminación del exequátur para hacer el control de los laudos dictados fuera de Venezuela. Entendemos que, sin duda, la ausencia de una disposición que excluya la procedencia de recursos en este caso daría paso a la aplicación del artículo 288 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de nulidad contra un laudo dictado en Venezuela y hemos visto como el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario. En todo caso, pensando en una futura reforma de la Ley de Arbitraje, sería conveniente excluir expresamente el recurso de apelación en estos casos.

## **VI UN BALANCE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MONISMO**

Luego de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y, especialmente, luego del reconocimiento constitucional del arbitraje, ha surgido cierta tendencia en las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia judicial que, con la integración de lagunas de la Ley y la interpretación de sus normas ha ido construyendo un sistema que tiende a favorecer el arbitraje y a respetar la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo. Aunque muchas de estas interpretaciones se han dado en el orden del arbitraje interno, la naturaleza monista de la Ley ha permitido al arbitraje internacional aprovecharse de ellas. Examinemos brevemente algunas de las ventajas y desventajas de esta tendencia.

En primer lugar, debemos reconocer que el haber dejado de lado toda mención expresa del arbitraje comercial internacional, entendiéndolo incluido en la regulación de la Ley, condujo a obviar la regulación de aspectos fundamentales como el relativo al Derecho aplicable, ya comentado, y también cuestiones procesales como la excepción de arbitraje y, en general, los efectos del acuerdo arbitral sobre la jurisdicción ordinaria.

No obstante, podría decirse que, al menos de un tiempo a esta parte, han sido más las ventajas. En efecto, el Alto Tribunal ha reconocido que el arbitraje es un mecanismo independiente que además tiene remedios naturales de control, lo cual es de gran importancia, porque ha contribuido a desechar la idea de sustituir el recurso de nulidad del laudo arbitral, e incluso la denegación de reconocimiento y ejecución, por la acción de amparo. Tengamos en cuenta que, en Venezuela, recién entrada en vigencia la Ley de Arbitraje, se intentaron acciones de amparo, no solo contra laudos, sino también contra diversas actuaciones de los árbitros durante el proceso arbitral. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Venezolana de Televisión*, cuando la Sala Político-Administrativa



admitió, en diciembre de 2001, una acción de amparo contra un acta de misión de un Tribunal arbitral y ordenó la citación de los árbitros<sup>47</sup>. O en el caso *Consortio Barr*, en el que se admitió un amparo contra el laudo parcial que decidió la competencia del propio Tribunal arbitral y decidió algunas medidas cautelares<sup>48</sup>. Quizá el caso más llamativo en esta materia fue el caso Castillo Bozo en el cual un Tribunal superior, en abril de 2013, decidió la acción de amparo contra un laudo dictado en sede de la Comisión Interamericana de Arbitraje por violación de orden público y anuló el laudo<sup>49</sup>.

Lo que queremos destacar con la admisión de este principio pro arbitraje es que una de sus consecuencias fundamentales ha sido desechar esta idea de usar el amparo, cuando el recurso natural de control de los laudos dictados en Venezuela es el recurso de nulidad y en el caso de los laudos dictados en el extranjero, el reconocimiento. Admitir el amparo contra laudo es violatorio del artículo 6 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales<sup>50</sup> que establece que el amparo solo procede cuando no hay un recurso contra la decisión en cuestión.

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional<sup>51</sup>, órgano que ha criticado en reiteradas oportunidades lo que ha llamado la “[...] la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a

---

<sup>47</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2979, 18 de diciembre de 2001, (*Venezolana de Televisión*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/02979-181201-01-100.HTM>>.

<sup>48</sup> Esta decisión del Tribunal arbitral suscitó una cadena de acciones, incluida la de amparo ante Tribunales venezolanos que terminó, al menos en lo que al amparo se refiere, con la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2635 de 19 de noviembre de 2004 (*Consortio Barr, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM>>. Ver resumen del caso en: Hernández Bretón (2010, p. 389 ss., especialmente p. 399-401).

<sup>49</sup> Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 22 de abril de 2013, Gabriel Castillo Bozo, en amparo constitucional contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, conforme a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), el 13 de noviembre de 2012.

<sup>50</sup> *Gaceta Oficial* n.º 34.060, 27 de septiembre de 1988.

<sup>51</sup> Ante una acción de amparo interpuesta, la Sala Constitucional, luego de ratificar que “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad” (art. 43 LAC), afirmó que para que pueda prosperar una acción de amparo contra el laudo, es necesario haber agotado el recurso natural de impugnación de la decisión de que se trate, en este caso, el recurso de nulidad. De tal manera, la Sala concluye estableciendo que “En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual la acción propuesta debe declararse inadmisibile [...], por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 827, 23 de mayo de 2001, (*Grupo Inmensa, C.A. y la Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM>>.

todas luces resultaría inadmisibile a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”<sup>52</sup>.

Esta tendencia general favorable al arbitraje se encontró, sin embargo, con un obstáculo bastante peligroso y que ha sido denunciado por la doctrina en Venezuela. En efecto, en sentencia de febrero de 2020, la Sala Constitucional decidió, ante la solicitud de una de las partes, solicitar al CEDCA el expediente arbitral, suspender el procedimiento y avocarse, ello por considerar la posible violación de garantías constitucionales, en particular, la soberanía alimentaria<sup>53</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha ratificado el poder cautelar del árbitro, admitiendo que el auxilio judicial es solo para la ejecución, en cuyo caso ese auxilio es imperativo. Pero fuera de la ejecución, el árbitro tiene plena competencia para examinar los requisitos de procedencia de la medida<sup>54</sup>. En el caso de las medidas anticipadas, la jurisprudencia ha sostenido que en vista que el Tribunal arbitral se constituye luego de entregada la solicitud de arbitraje, si las partes llegaran a necesitar una medida cautelar antes de la instalación de ese Tribunal, pueden acudir para ello a la jurisdicción ordinaria, sin que ello implique, de ninguna manera, una renuncia a la justicia arbitral. Esta actuación no se traduce en que la parte se esté sometiendo a la jurisdicción ordinaria<sup>55</sup>.

Se ha reconocido, además, que el arbitraje puede dotar al sistema de la posibilidad de dictar medidas anticipadas. Un ejemplo de esto es el Reglamento del CEDCA que admite la posibilidad de nombrar un árbitro de emergencia que

<sup>52</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008 (*Hildegard Rondón De Sansó, Álvaro Silva Calderón et al., recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>>. Expresión que vuelve a ser citada en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 462, 20 de mayo de 2010, (*Gustavo E. Yélamo Lizarzabal en amparo contra el laudo emanado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el 11 de junio de 2009 y notificado el 3 de julio del 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>>.

<sup>53</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0042 (*Alimentos Polar Comercial, C.A. (Antes Denominada Promesa)*). En este momento, la decisión completa no está disponible en la página oficial del Tribunal Supremo, pero puede verse en: <<https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2020/03/SC-N%C2%BA-042-20-02-2020.pdf>>.

<sup>54</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 2161, 10 de octubre de 2001, (*Arpigrá Concesiones Viales, C.A. c. Gobernación del Estado Falcón*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02161-101001-01-0539.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 1951, 11 de diciembre de 2003 (*Tim International, N.V. c. Venconsul N.V.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01951-111203-2003-1005.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010 (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

<sup>55</sup> “Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

se pronuncie sobre la procedencia de la medida cautelar antes del nombramiento de los árbitros que conocerán de la controversia<sup>56</sup>.

La jurisprudencia también ha sido clara en la aceptación de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo arbitral<sup>57</sup> y ha dado un paso más allá. En efecto, la disposición contenida en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, que insta al juez a remitir a las partes a arbitraje a menos que compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, ha hecho que los Tribunales se pregunten hasta qué punto puede llegar el juez en el análisis del acuerdo sin violar el principio de *Kompetenz-Kompetenz* y su respuesta ha sido, que el Tribunal solo puede hacer una verificación sumaria. Así, el juez debe limitarse a comprobar el carácter escrito del acuerdo, y no puede pronunciarse sobre los posibles vicios del consentimiento de las partes a la hora de suscribir el acuerdo arbitral, porque esa es competencia exclusiva del árbitro<sup>58</sup>. Solo si el juez comprueba que no hay un acuerdo por escrito puede

<sup>56</sup> Reglamento de Conciliación y Arbitraje, 2020, art. 38.2: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle”.

<sup>57</sup> “[...] la Sala [Constitucional] ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

<sup>58</sup> “[...] a juicio de esta Sala el alcance de la voz ‘compruebe’ denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma [...], que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento. No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a **(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito**” (negrita en el original). Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

reafirmar su jurisdicción, en caso contrario, debe declinarla y remitir a las partes a arbitraje.

Otra cuestión importante tiene que ver con la renuncia tácita al arbitraje. Algunas sentencias se han dedicado a interpretar el artículo 45 de la Ley de Derecho internacional privado<sup>59</sup>, en el sentido de entender que si las partes que, aun habiendo previamente acordado ir a arbitraje, deciden acudir a la jurisdicción ordinaria, además de someterse a esta, están renunciado tácitamente al arbitraje. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que hay renuncia tácita al arbitraje cuando, habiéndose recurrido a la vía judicial, el demandado acude a juicio y no opone la cuestión previa de falta de jurisdicción consagrada en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, alegando la existencia de un acuerdo de arbitraje y sometiéndose al conocimiento del Tribunal ordinario. Tal renuncia se puede dar, bien porque la parte demandada solicite la declaratoria sin lugar de la demanda, contestando el fondo de la misma, bien reconviniendo o, incluso, habiendo quedado confesa (confesión *ficta*). También se considerará como renuncia tácita cuando se haya opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, pero no se haya hecho mediante el mecanismo procesal adecuado<sup>60</sup>.

Con esta interpretación de la renuncia tácita al arbitraje y sobre la base del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la jurisprudencia ha construido la excepción de arbitraje –reconocido como un vacío de la Ley. En efecto, las diversas salas del Tribunal Supremo han afirmado que para que prospere la excepción de arbitraje es necesario que, luego del examen sumario al acuerdo arbitral al que hicimos referencia antes, el juez compruebe que hay un acuerdo por escrito y que existen conductas procesales de las partes orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse a arbitraje. Este segundo requisito, que tiene que ver con la conducta de las partes, implica, en primer lugar, que no haya una renuncia tácita al arbitraje y, por otra, que no haya fraude procesal. Si se verifican estos requisitos, entonces el Tribunal venezolano se ve obligado a declinar su jurisdicción y dejar que las partes vayan a arbitraje, según fue su voluntad original<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Art. 45: “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

<sup>60</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006 (*Tanning Reserch Laboratories, INC. c. Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/12-85233-2006-1605-007.HTM>>.

<sup>61</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1209, 20 de junio de 2001 (*Hoteles Doral C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 832, 12 de junio de 2002 (*Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's, C.A. c. Ciudad Comercial Porlamar, C.A. [C.C.P.]*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006, cit.

Quizá el paso jurisprudencial más importante tiene que ver con aceptar que, si el arbitraje forma parte del sistema de administración de justicia, el árbitro puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley. Debemos aquí mencionar la sentencia de la Sala Constitucional a la que se sometió el examen de un laudo dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el 15 de septiembre de 2016, que desaplicó el artículo 41.j de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial que prohíbe el arbitraje y el fundamento de tal desaplicación fue que esa norma es contraria al artículo 258 de la Constitución que obliga al legislador a promover el arbitraje<sup>62</sup>. La Sala Constitucional calificó esa obligación como un “imperativo categórico” y resaltó la diferencia, que ya se había venido dibujando en la jurisprudencia, entre las materias en las cuales está interesado el orden público y la arbitrabilidad de la causa<sup>63</sup>. La Sala aclaró que el árbitro puede conocer de la controversia, aunque sea de orden público, pero lo que no puede hacer es desconocer las normas de protección de débiles jurídicos. Con ello también reconoce la Sala que una cosa es la autoridad que conoce del asunto y otra el Derecho material aplicable a la controversia.

Así, se consideró que la prohibición de ir a arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial es contraria a la obligación del legislador de promover el arbitraje, pero el árbitro debe aplicar las normas de protección del arrendatario como débil jurídico, porque el acuerdo arbitral no supone la renuncia a derechos y garantías establecidas en la ley. La sentencia da un paso más allá y reconoce que el arbitraje está llegando a terrenos que en principio le estaban vedados, es el caso del arrendamiento para uso comercial. En definitiva, el árbitro, como parte del sistema de administración de justicia, puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley.

En relación con el recurso de nulidad, es difícil conocer el contenido de las decisiones que lo resuelven porque está en manos de Tribunales de instancia. Pero conforme a aquellos recursos a los que hemos podido tener acceso, hemos de destacar algunos puntos. En primer lugar, la nulidad solo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, por ello no se admiten interpretaciones extensivas ni por analogía. En segundo término, el recurso de nulidad no es una apelación sobre el fondo, lo cual se deriva del carácter taxativo de las causales. Así, el juez de nulidad no va a volver a revisar la decisión del árbitro, se va a limitar a verificar que no se den las causales del artículo 44. En tercer término, vinculado con el

<sup>62</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, cit.

<sup>63</sup> Al respecto, la Sala Constitucional ha afirmado, que “para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

principio pro arbitraje, se ha dejado muy en claro que el recurso de nulidad no es sustituible por la acción de amparo.

En todo caso, según las estadísticas manejadas por la doctrina, en los 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje solo se han anulado dos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y 5, uno de ellos parcialmente, de los dictados en arbitrajes administrados por el CEDCA (SANTANA PÉREZ; VILLAROEL, 2019, p. 628).

En definitiva, podemos afirmar que el balance de la Ley ha sido positivo, lo cual ha sido de alguna manera impulsado por el reconocimiento constitucional del arbitraje y apuntalado por la acción de los Centros de Arbitraje. Según estadísticas reveladas cuando se celebraron los 125 años de la Cámara de Comercio de Caracas, su centro de arbitraje había conocido más de 450 expedientes y para el 2017 el CEDCA había tenido 145 casos. Quizá parezca poco, pero creemos que vamos avanzando por buen camino en entender al arbitraje, insistimos, no como un descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino como un instrumento eficiente para la tutela efectiva de los derechos.

## REFERENCES

BORJAS, Arminio. **Comentarios al código de procedimiento civil venezolano**. t, V, 4. ed. Caracas: Ediciones Jurídicas, 1973.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano. En: **Revista de Derecho Privado**, La Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, n. 31, p.229-262, 2016.

ESCOVAR ALVARADO, Ramón. Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero. En: MAEKELT, Tatiana B. et al. (Coord.). **Derecho procesal civil internacional**: in memoriam Tatiana B. de Maekelt. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.

FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 1965.

FOUCHARD, Philippe. Les conflits de lois en matière de d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. En: **Revue de l'Arbitrage**, 1977.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague, Boston, London: Kluwer Law International, 1999.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor. La ley venezolana sobre arbitraje comercial: consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49). En: **Liber amicorum**: homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt. t. II. Caracas: Ed. Universidad Central de Venezuela, 2001.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. **El arbitraje comercial en Venezuela**. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Algunas cuestiones de derecho internacional privado en el arbitraje comercial. En: **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República**, Caracas, Ed. Procuraduría General de la República, año 13, n. 21, 1999.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno. En: **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, n. 149, julio-diciembre, 2010.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Interpretation and application of the New York Convention in Venezuela. En: BERMANN, George A. (Ed.). **Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts**. Cham: Springer, 2017. (Serie *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, 23).

HUNG VAILLANT, Francisco. **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2001.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional. En: **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, Ed. Universidad Central de Venezuela, n. 126, p. 79 ss., 2006.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Más de 20 años de vigencia de la ley de arbitraje comercial: algunas reflexiones. En: BADELL MADRID, Rafael; URDANETA FONTIVEROS, Enrique; YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. (Ed.). **Libro homenaje al Doctor Luis Cova Arria**: conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en derecho de la navegación y comercio exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

MAEKELT, Tatiana B. Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano. En: BREWER CARÍAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de**

**arbitraje comercial.** Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial. En: BREWER CARÍAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial.** Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés; CARRILLO, Marco; SAGHI, Pedro. El recurso de nulidad contra el laudo arbitral. En: **El arbitraje en Venezuela: estudios con motivo de los 15 años de la ley de arbitraje comercial.** Caracas: Sabias Palabras, 2013. p. 538-541.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.** Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

OCHOA MUÑOZ, Javier. Reconocimiento del laudo arbitral extranjero. En: VALERA, Irene de (Coord.). **Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas.** Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. **El acuerdo boliviano sobre ejecución de actos extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana.** Caracas: Sucre, 1976.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. La determinación del derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional. En: **Revista de Derecho,** Caracas, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, n. 1, p. 57 ss., 2000.

RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public.** t. 309. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 1999.

RENGEL ROMBERG, Aristides. El arbitraje en el código de procedimiento civil y en la ley de arbitraje comercial (1998). En: BREWER CARÍAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial.** Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999. (*Serie Eventos*, 13).

RODNER, James Otis. La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage. En: **Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI,** Paris, E. Cour internationale d'Arbitrage, v. 11, n.º 2, 2000.

RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. La segunda instancia arbitral: una decisión exclusiva de las partes. En: MADRID MARTÍNEZ, Claudia (Ed.). **Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón.** t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Jurídica Venezolana, 2019.



SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley. **El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano**. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello / Fundación Roberto Goldschmidt, 2005.

SANTANA PÉREZ, Militza; VILLAROEL, Ivette Esis. Arbitraje comercial interno e internacional en Venezuela. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos; Mota, GONZÁLEZ MARIMÓN, María (Ed.). **Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. **Derecho procesal civil internacional, litigación internacional**. Madrid: Civitas, 2000.

Submissão em: 14 de setembro de 2022

Último Parecer favorável em: 2 de outubro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 34-64, set.-dez. 2022.

**IMPEDIRÁ O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022  
A OBTENÇÃO E A VALORAÇÃO, PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO  
CRIMINAL, DE METADADOS CONSERVADOS PELOS FORNECEDORES  
DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS AO ABRIGO DA LEI  
ATUALMENTE EM VIGOR?**

**DUARTE RODRIGUES NUNES<sup>1</sup>**

**RESUMO**

O Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 268/2022, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 4.º, conjugado com o artigo 6.º, e do artigo 9.º, todos da Lei n.º 32/2008, de 27 de julho. No presente artigo, analisam-se, de forma crítica, a decisão e os respetivos fundamentos, bem como é proposto um fundamento jurídico alternativo à luz da lei vigente (que não tenha sido abrangida pelo aresto do Tribunal Constitucional) para a conservação de metadados e para a sua utilização em processos penais, dado que se trata de um meio de obtenção de prova cada vez mais essencial para o apuramento da verdade material, inclusivamente relativamente a crimes particularmente graves e a formas de criminalidade extremamente danosas para os direitos fundamentais dos cidadãos e de investigação muito difícil. Visa-se, deste modo, permitir a utilização deste relevantíssimo meio de obtenção de prova em processos em curso e, acima de

<sup>1</sup> Professor associado convidado da Universidade Europeia. Professor convidado da Universidade Lusitana de Angola. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jurisconsulto. Investigador integrado do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e não integrado do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Conferencista. Autor de seis monografias jurídicas: Os meios de obtenção de prova da Lei do Cibercrime (Coimbra: Gestlegal, 2018; reimpressão, 2020; 2.ª edição, 2021), Revistas e Buscas no Código de Processo Penal (Coimbra: Gestlegal, 2019), O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada (Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Ed. Gestlegal, 2019), Os crimes previstos na Lei do Cibercrime (Coimbra: Gestlegal, 2020; reimpressão, 2021), Curso de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Coimbra: Gestlegal, 2021; 2.ª edição, 2022) e Curso de Direito Processual Penal, Tomo I (em publicação). O autor exerceu, entre 2005 e 2022 as funções de Juiz de Direito, estando atualmente em situação de licença sem vencimento. *e-mail*: duarterodriguesnunes@gmail.com

tudo, obstar à eventual reversão de condenações transitadas em julgado e as consequentes absolvições materialmente injustas e insuficiente proteção dos direitos fundamentais a que se reconduzem os bens jurídico-penais tutelados pelas incriminações concretamente em causa.

### ABSTRACT

The Constitutional Court, through its judgment no. 268/2022, declared article 4, in conjunction with article 6, and article 9, all of Law no. 32/2008, of 27<sup>th</sup> July, unconstitutional. In this article, the decision and its grounds are critically analysed. An alternative legal basis (in the light of the law still in force) for metadata retention and for its use in criminal proceedings is also proposed, given that it is a means of obtaining evidence that is increasingly essential for the establishment of material truth, including in relation to particularly serious crimes and forms of crime that are extremely harmful to the fundamental rights of citizens and whose investigation is very difficult. The purpose of this article is, therefore, to allow the use of this very relevant means of obtaining evidence in ongoing proceedings and, above all, to prevent eventual reversals of final and unappealable convictions and the consequent unfair acquittals and insufficient protection of the fundamental rights violated through the commission of the criminal offenses specifically under consideration.

### I COLOCAÇÃO DO PROBLEMA<sup>2</sup>

O Tribunal Constitucional (TC)<sup>3</sup> declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral:

- a) a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008<sup>4</sup>, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP)<sup>5</sup>; e

---

<sup>2</sup> O presente artigo, corresponde, no essencial, ao artigo que publicámos com o mesmo título na Revista do Ministério Público, n.º 170, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 2022. Procedemos a algumas alterações no texto (que não alteram o sentido das opiniões que então defendemos e continuamos a defender), aditámos no final as referências bibliográficas e jurisprudenciais e, ao longo do texto, referências legislativas (e respetivo endereço eletrónico onde podem ser consultadas) e relativas à designação dos tribunais portugueses (que, no texto original, surgem identificados apenas com as suas siglas).

<sup>3</sup> Acórdão n.º 268/2022 (com um voto de vencido).

<sup>4</sup> Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, texto integral está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1264A0001&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1264A0001&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo)>.

<sup>5</sup> O texto integral da Constituição da República Portuguesa está disponível no endereço <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

- b) a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP.

O Acórdão n.º 268/2022 foi prolatado no âmbito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, em sede de fiscalização abstrata sucessiva à luz do artigo 281.º da CRP, formulado pela Provedora da Justiça.

A requerente invocava a violação do Direito da União Europeia (artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE<sup>6</sup>), do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), do sigilo das comunicações (artigo 34.º da CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP).

O TC apreciou a constitucionalidade das normas referidas supra em a) e b) também à luz do direito à autodeterminação informacional, tutelado pelo artigo 35.º da CRP, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tutelado pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, pois considerou que o princípio do pedido não obsta a que o TC possa declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação foi requerida com fundamento diverso daqueles cuja violação foi alegada, invocando, para tal, o disposto no artigo 51.º, n.º 5, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional<sup>7</sup> (LTC).

A declaração da inconstitucionalidade dos artigos 4.º (conjugada com o artigo 6.º) e 9.º da Lei n.º 32/2008 veio suscitar a questão da admissibilidade, ou não, da obtenção e valoração, nos processos em curso, de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados) e que tenham sido conservados pelos respetivos operadores e das provas obtidas através desses metadados. E, ainda mais grave, veio abrir a possibilidade<sup>8</sup> de, sendo intentados recursos de revisão ao abrigo do artigo 449.º, n.º 1, alíneas e)

<sup>6</sup> Tendo em conta a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) através do seu Acórdão 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*.

<sup>7</sup> Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, cujo texto integral está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=423&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis)>.

<sup>8</sup> Pelo menos em abstrato, pois, tendo em conta o que referiremos infra, consideramos que os recursos de revisão que venham a ser intentados com base no Acórdão n.º 268/2022 do TC não poderão deixar de improceder.

e f), do Código de Processo Penal (CPP)<sup>9</sup>, caso eles sejam julgados procedentes, serem revertidas condenações transitadas em julgado em processos nos quais, em observância de todas as garantias e esgotados todos os mecanismos de recurso de que os arguidos tenham decidido lançar mão, se provou, para além da dúvida razoável, o cometimento do crime ou dos crimes pelos quais foram condenados. Com todas as consequências que daí possam advir (e que são tão mais gravosas nos casos de condenações por crimes graves) e que recensaremos infra.

A finalidade do presente estudo não é apontar propostas relativamente aos termos da nova legislação que não poderá deixar de ser aprovada, atenta a essencialidade da obtenção de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas para a investigação criminal de não poucos crimes (e muitos deles extremamente graves e de difícil investigação), mas sim formular propostas ao nível da obtenção e valoração dos metadados ao abrigo da legislação em vigor que não tenha sido declarada inconstitucional pelo TC (caso tal se mostre possível), a fim de permitir a sua obtenção e valoração nos processos em curso e obstar à reversão de condenações transitadas em julgado. Todavia, uma tal solução, a revelar-se possível, será sempre uma solução provisória e exigirá uma intervenção legislativa tão rápida quanto possível.

## **II A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2006/24/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 15 DE MARÇO, ATRAVÉS DA LEI N.º 32/2008, DE 17 DE JUNHO**

No dia 4 de agosto de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 32/2008<sup>10</sup>, que transpõe para a nossa ordem jurídica a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março<sup>11</sup>, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados).

A Diretiva 2006/24/CE visou harmonizar as disposições dos Estados-Membros relativas às obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de

<sup>9</sup> O texto integral do Código de Processo Penal está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>.

<sup>10</sup> De acordo com o artigo 18.º desta Lei, a mesma entraria em vigor 90 dias após a publicação da portaria a que se refere o n.º 3 do artigo 7.º, sendo que a portaria em causa é a Portaria n.º 469/2009, de 6 de maio, que, nos termos do seu artigo 7.º, entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. O texto integral da Portaria n.º 469/2009 está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1265&tabela=leis&so\\_miolo=>](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1265&tabela=leis&so_miolo=>).

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0024>>.

comunicações em matéria de conservação de dados de tráfego, dos dados de localização relativos pessoas singulares e/ou a pessoas coletivas e dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de deteção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no Direito nacional de cada Estado-Membro.

Esta Diretiva veio prever a obrigação de os Estados-Membros tomarem medidas para garantir a conservação dos dados necessários para (1) encontrar e identificar a fonte e/ou o destino de uma comunicação, (2) identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação, (3) identificar o tipo de comunicação, (4) identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores ou o que se considera ser o seu equipamento e (5) identificar a localização do equipamento de comunicação móvel (incluindo no caso de chamadas telefónicas falhadas), quando gerados ou tratados e armazenados (no caso de dados telefónicos) ou registados (no caso de dados da Internet) por fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações que estejam sob a jurisdição do Estado-Membro em questão, no contexto da oferta de serviços de comunicação, mas exclui expressamente do seu âmbito de aplicação os dados de conteúdo de comunicações (artigos 1.º, n.º 2, e 5.º, n.º 2).

De acordo com o seu artigo 1.º, a Lei n.º 32/2008 regula a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, não contemplando, contudo, a conservação de dados que revelem o conteúdo das comunicações, que é proibida, sem prejuízo do disposto na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto<sup>12</sup>, e na legislação processual penal relativamente à interceção e gravação de comunicações.

Como resulta do artigo 3.º, a conservação e a transmissão dos dados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, sendo obrigatória a separação dos ficheiros destinados à conservação de dados de quaisquer outros ficheiros para outros fins e não podendo o titular dos dados opor-se à respetiva conservação e transmissão.

Nos termos dos artigos 4.º e 5.º, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estavam obrigados a conservar (1) os dados necessários para

---

<sup>12</sup> O texto integral da Lei n.º 41/2004 está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=707&tabela=leis&so\\_miolo=>](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=707&tabela=leis&so_miolo=>)>.

encontrar e identificar a fonte de uma comunicação, (2) os dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação, (3) os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação, (4) os dados necessários para identificar o tipo de comunicação, (5) os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento e (6) os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel, incluindo os dados telefónicos e da Internet relativos a chamadas telefónicas falhadas quando gerados, tratados e/ou armazenados por esses mesmos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, mas não os dados relativos a chamadas não estabelecidas.

O prazo de conservação era de um ano (cfr. artigo 6.º)<sup>13</sup> e, no que tange à proteção e à segurança dos dados conservados, de acordo com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estão obrigados a:

- a) conservar os dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º por forma a que possam ser transmitidos imediatamente, mediante despacho fundamentado do Juiz, às autoridades competentes;
- b) garantir que os dados conservados sejam da mesma qualidade e estejam sujeitos à mesma proteção e segurança que os dados na rede;
- c) tomar as medidas técnicas e organizativas adequadas à proteção dos dados previstos no artigo 4.º contra a destruição acidental ou ilícita, a perda ou a alteração acidental e o armazenamento, tratamento, acesso ou divulgação não autorizados ou ilícitos;
- d) tomar as medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir que apenas pessoas especialmente autorizadas tenham acesso aos dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º;
- e) destruir os dados no final do período de conservação, exceto os dados que tenham sido preservados por ordem do Juiz; e
- f) destruir os dados que tenham sido preservados, quando tal lhe seja determinado por ordem do Juiz.

---

<sup>13</sup> Nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, o incumprimento do prazo de conservação previsto no artigo 6.º constitui uma contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

Isto, devendo os dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º, à exceção dos dados relativos ao nome e endereço dos assinantes, permanecer bloqueados (*i. e.*, encriptados) desde o início da sua conservação e só podendo ser desbloqueados (*i. e.*, descriptados) para efeitos de transmissão, nos termos da Lei n.º 32/2008, às autoridades competentes, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), são as autoridades judiciais [na aceção do artigo 1.º, alínea b)], do CPP: Juiz, Juiz de Instrução Criminal (JIC) e Ministério Público (MP) e as autoridades de polícia criminal (APC) da Polícia Judiciária (PJ), Guarda Nacional Republicana (GNR), Polícia de Segurança Pública (PSP), Polícia Judiciária Militar (PJM), Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) e Polícia Marítima.

Para garantir a efetividade do cumprimento das obrigações relativas à conservação e à transmissão dos dados às autoridades competentes, nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alíneas a) a c), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, a não conservação das categorias dos dados previstas no artigo 4.º, o incumprimento do prazo de conservação previsto no artigo 6.º e a não transmissão dos dados às autoridades competentes, quando autorizada nos termos do disposto no artigo 9.º constituem contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

A transmissão dos dados processa-se mediante comunicação eletrónica, nos termos das condições técnicas e de segurança fixadas na Portaria n.º 469/2009, que devem observar um grau de codificação e proteção o mais elevado possível, de acordo com o estado da técnica ao momento da transmissão, incluindo métodos de codificação, encriptação ou outros adequados (cfr. artigos 7.º, n.º 3, e 10.º).

Ainda no que concerne à proteção e à segurança dos dados, de acordo com os artigos 8.º e 9.º, n.º 6, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) (que, nos termos do artigo 7.º, n.º 5, é a autoridade pública competente para o controlo do cumprimento das regras relativas à proteção e à segurança dos dados<sup>14</sup>) deve manter um registo eletrónico permanentemente atualizado das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados, estando os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações, por seu turno, obrigados a remeter à CNPD, por via exclusivamente eletrónica, os dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados.

<sup>14</sup> No entanto, na sua Deliberação n.º 1008/2017, na sequência da anulação da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE, a CNPD decidiu desaplicar a Lei n.º 32/2008 por violar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, como se de um Tribunal se tratasse, procedimento cuja legitimidade se nos afigura muitíssimo duvidosa. Ademais, segundo notícia publicada pelo Diário de Notícias em 15/05/2022, as bases de metadados das operadoras não são fiscalizadas pela CNPD desde a referida deliberação (*i. e.*, há cerca de cinco anos).



Para reforçar a proteção e a segurança dos dados, o legislador criminalizou diversas condutas, sendo que, nos termos do artigo 13.º, o incumprimento de qualquer das regras relativas à proteção e à segurança dos dados previstas no artigo 7.º, o não bloqueio dos dados, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 7.º, e o acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do artigo 8.º constituem crime punível com pena de prisão entre um mês e dois anos ou com pena de multa entre dez e 240 dias, sendo a penalidade agravada para o dobro dos seus limites mínimo e máximo quando o crime for cometido através de violação de regras técnicas de segurança, tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais e/ou tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício ou vantagem patrimonial. A tentativa e a negligência são puníveis.

Do mesmo modo, nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alínea d), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, o não envio dos dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º constitui uma contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

De acordo com os artigos 2.º, n.º 3, e 9.º, n.ºs 1, 2 e 4<sup>15</sup>, a transmissão dos dados às autoridades competentes só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do Juiz (ou JIC), mediante requerimento do MP ou da APC competente, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, deteção e repressão de crimes graves, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), são os crimes de terrorismo<sup>16</sup>,

<sup>15</sup> Como sempre defendemos, consideramos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 foi tacitamente revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (cfr. NUNES, 2019a, p. 563-564; e também em NUNES, 2021b, p. 65 e ss.), entendimento também perfilhado por Mesquita (2010, p. 110, 111 [nota 60], 113-114 e 123), e pelos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 22/01/2013, do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 26/02/2014 e do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 06/01/2015, sendo que, no Acórdão do TRL de 21/11/2018, embora começando por se afirmar a adesão à tese maioritária, considerou-se que o artigo 14.º da Lei n.º 109/2009 permite a obtenção de dados conservados à luz da Lei n.º 32/2008 fora dos casos em que esteja em causa a investigação de um crime subsumível ao conceito de “crime grave” do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), desta última lei. Contudo, o entendimento maioritário era no sentido de que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 prevalecia sobre o regime dos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, embora, com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros) por via do Acórdão do TC n.º 268/2022, tal entendimento deixou de ter qualquer apoio na lei vigente.

<sup>16</sup> Na aceção do artigo 1.º, alínea i), do CPP: as condutas que integram os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo.

criminalidade violenta<sup>17</sup>, criminalidade altamente organizada<sup>18</sup>, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou de títulos equiparados a moeda, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima, devendo a decisão judicial de transmitir os dados respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à proteção do segredo profissional.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, só pode ser autorizada a transmissão de dados relativos ao suspeito ou ao arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou de arguido, ou a vítima de crime, mediante o respetivo consentimento (efetivo ou presumido).

A Lei exige, igualmente, que os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações elaborem registos da extração dos dados transmitidos às autoridades competentes e, trimestralmente, enviem esses registos à CNPD (cfr. artigo 9.º, n.º 6).

Por fim, de acordo com o artigo 11.º, o Juiz determina, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, a destruição dos dados na posse das autoridades competentes, bem como dos dados preservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações logo que eles deixem de ser estritamente necessários para os fins a que se destinam, considerando-se que deixam de o ser quando (1) o processo penal seja arquivado nos termos do artigo 277.º, n.º 1, do CPP, (2) o arguido seja não pronunciado ou absolvido por decisão transitada em julgado, (3) o arguido seja condenado por decisão transitada em julgado, (4) ocorra a prescrição do procedimento penal ou (5) tenha lugar uma amnistia.

---

<sup>17</sup> Na aceção do artigo 1.º, alínea j), do CPP (que inclui a criminalidade especialmente violenta, a que se refere a alínea l) do mesmo normativo): as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos.

<sup>18</sup> Na aceção do artigo 1.º, alínea m), do CPP: as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.

### **III A DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DA DIRETIVA 2006/24/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 15 DE MARÇO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

A Diretiva 2006/24/CE foi declarada inválida pelo TJUE, no âmbito de um reenvio prejudicial ao abrigo do artigo 267.º do TFUE através do seu Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*. Nesse aresto, o TJUE entendeu que a conservação dos dados referidos na Diretiva e o acesso das autoridades a esses dados restringem, de forma intensa (embora sem afetar o seu conteúdo essencial), os direitos tutelados pelos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, sendo que, nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos por esta deve ser prevista por lei, respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e, por força dos ditames do princípio da proporcionalidade, só podem ser introduzidas restrições a esses direitos e liberdades se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros. E, nessa conformidade, o TJUE considerou que, apesar de não ocorrer qualquer restrição do conteúdo essencial dos referidos direitos fundamentais e de estar em causa a prossecução de fins legítimos (a resposta à criminalidade grave e, em última análise, a salvaguarda da segurança pública), a Diretiva restringe, de forma desproporcionada, os mencionados direitos fundamentais, uma vez que:

- a) abrange, de uma forma indiscriminada, todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas, incluindo, por isso, pessoas em relação às quais não existem indícios de que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves e não prevendo qualquer exceção quanto a pessoas cujas comunicações estejam abrangidas pela proteção do segredo profissional;
- b) não exige nenhuma relação entre os dados cuja conservação está prevista e uma ameaça para a segurança pública nem limita a conservação a dados relativos a um período de tempo e/ou a uma zona geográfica determinada e/ou a um círculo de pessoas determinadas que possam estar implicadas, de uma maneira ou de outra, numa infração grave, nem de dados relativos a pessoas, cuja conservação, por outros motivos, pudesse contribuir para a prevenção, a deteção ou a repressão de infrações graves;
- c) não estabelece critérios objetivos que permitam delimitar o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e a sua utilização

posterior para prevenir, detetar ou agir penalmente contra infrações suscetíveis de ser consideradas suficientemente graves à luz da amplitude e da gravidade da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE para justificar uma tal ingerência;

- d) no que tange ao acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e à sua utilização posterior, não limita o acesso e a utilização posterior dos dados em causa a fins de prevenção e de deteção de infrações graves delimitadas com precisão ou de ações penais contra as mesmas nem estabelece critérios objetivos que permitam limitar o número de pessoas com autorização de acesso e de utilização posterior dos dados conservados ao estritamente necessário à luz do objetivo prosseguido;
- e) não submete o acesso aos dados conservados pelas autoridades nacionais competentes a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente cuja decisão vise limitar o acesso aos dados e a sua utilização ao estritamente necessário para se alcançar o objetivo prosseguido e ocorra na sequência de um pedido fundamentado destas autoridades, apresentado no âmbito de procedimentos de prevenção, de deteção ou de uma ação penal, sendo que também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados-Membros estabelecerem tais limitações;
- f) no que respeita à duração da conservação dos dados, não procede a qualquer distinção entre as categorias de dados em função da sua eventual utilidade relativamente ao objetivo prosseguido ou em função das pessoas em causa e situa essa duração entre um mínimo de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses, sem que se especifique que a determinação do período de conservação se deve basear em critérios objetivos, a fim de garantir que se limita ao estritamente necessário; e
- g) quanto à segurança e à proteção dos dados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, não se estabelece nem se prevê uma obrigação precisa de os Estados-Membros estabelecerem regras específicas e adaptadas à grande quantidade de dados cuja conservação é imposta, ao carácter sensível desses dados e ao risco de acesso ilícito aos mesmos, não garante a aplicação pelos referidos fornecedores de um nível particularmente elevado de

proteção, não garante a destruição definitiva dos dados no termo do período de conservação dos mesmos e também não impõe que os dados em causa sejam conservados no território da União Europeia (pelo que não se pode considerar que esteja plenamente garantida a fiscalização, por uma entidade independente, expressamente exigida pelo artigo 8.º, n.º 3, da CDFUE, do respeito das exigências de proteção e de segurança).

Na sequência deste Acórdão do TJUE, passou a discutir-se, entre nós, se a Lei n.º 32/2008 era, ou não, incompatível com o Direito da União Europeia e se, conseqüentemente, a conservação de dados à luz dessa Lei é, ou não, admissível à luz, quer da CRP quer da CDFUE.

Assim, uma parte da doutrina e da jurisprudência consideravam que o Acórdão do TJUE não impede a conservação de dados nem o acesso a esses dados, à luz da Lei n.º 32/2008, pois tratou-se de um Acórdão proferido em sede de reenvio prejudicial e, como tal, sem força obrigatória geral e apenas vinculativo para os Estados em causa [ao contrário do que sucederia se a Diretiva tivesse sido declarada inválida no âmbito de recurso de anulação nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)] e, sobretudo, porque a Lei n.º 32/2008 cumpre todos os requisitos que o TJUE entendeu que a Diretiva 2006/24/CE não observa<sup>19</sup>. Igualmente se entendeu que ainda que a Lei n.º 32/2008 seja o instrumento de transposição da Diretiva 2006/24/CE para a ordem jurídica portuguesa, a declaração de invalidade da Diretiva pelo TJUE não implicava *ipso facto* a invalidade da Lei n.º 32/2008 (que passou a valer como uma lei nacional autónoma), que, contudo, deveria ser alvo de alteração, a fim de a conformar ao disposto na CDFUE e à jurisprudência do TJUE<sup>20</sup>.

Mas também não faltou quem, por força da jurisprudência do TJUE, considerasse que a Lei n.º 32/2008 era inconstitucional por violar a CDFUE e, por isso, os Tribunais portugueses estavam impedidos de a aplicar<sup>21</sup> e quem não descartasse a possibilidade de a Lei n.º 32/2008 vir a ser considerada

<sup>19</sup> Cfr. Nunes (2019a, p. 558 e ss.), Correia (2014, p. 38), Pinho (2018, *passim*, embora entendendo que a Lei n.º 32/2008 terá de ser alvo de reformas, mas por força da entrada em vigor do RGPD), Milheiro (2019, p. 840-841); Cabreiro (2014), e Acórdãos do TC n.º 420/2017 e do TRL de 28/11/2018.

<sup>20</sup> Cfr. Acórdão do TRE de 22/02/2022.

<sup>21</sup> Cfr. Ramalho; Coimbra (2015, p. 1.039 e ss.), Ramos (2022, p. 261 e ss.) (alterando a sua opinião inicial), Silveira; Freitas (2017, p. 57 e ss.), Coutinho (2014), Acórdão do TC n.º 382/2022 e Deliberações da CNPD n.ºs 641/2017 e 1008/2017, que consideravam/consideraram que os Tribunais portugueses não podiam aplicar a Lei n.º 32/2008, por essa lei violar a CDFUE, ao passo que Gouveia (2014) e Ramos (2015, p. 127-128) (entendimento que veio a modificar posteriormente), não descartavam uma eventual proibição de aplicação.

inconstitucional em sede de fiscalização da constitucionalidade (como veio, efetivamente, a suceder), por violação do princípio da proporcionalidade (cfr. MARTINS, 2017, p. 512).

Trata-se, todavia, de uma questão ultrapassada, por força da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos artigos. 4.º, 6.º e 9.º (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros) da Lei n.º 32/2008 por meio do Acórdão do TC n.º 268/2022, apenas valendo os argumentos então esgrimidos para apreciar criticamente o decidido neste aresto e os respetivos fundamentos.

#### **IV A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL DOS ARTIGOS 4.º, 6.º E 9.º (NA PARTE EM QUE NÃO PREVÊ UMA NOTIFICAÇÃO AO VISADO DE QUE OS DADOS CONSERVADOS FORAM ACEDIDOS PELAS AUTORIDADES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE TAL COMUNICAÇÃO NÃO SEJA SUSCETÍVEL DE COMPROMETER AS INVESTIGAÇÕES NEM A VIDA OU INTEGRIDADE FÍSICA DE TERCEIROS) DA LEI N.º 32/2008, DE 17 DE JULHO**

Como referimos, o Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 268/2022, embora com um voto de vencido<sup>22</sup>, declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, conjugada com o artigo 6.º da mesma Lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP, e a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP.

Como também referimos, o aresto do TC foi prolatado no âmbito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, em sede de fiscalização abstrata sucessiva à luz do artigo 281.º da CRP, formulado pela Provedora da Justiça, com fundamento na

<sup>22</sup> Cfr. Declaração de Voto do Cons. Lino José Batista Rodrigues Ribeiro, que subscrevemos em grande parte.

violação do Direito da União Europeia (artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE, na sequência da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE através do seu Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*), do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), do sigilo das comunicações (artigo 34.º da CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), tendo o TC apreciado a constitucionalidade das referidas normas também à luz do direito à autodeterminação informacional, tutelado pelo artigo 35.º da CRP, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, também tutelado pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, pois considerou que o princípio do pedido não obsta a que o TC possa declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação foi requerida com fundamento diverso daqueles cuja violação foi invocada, invocando, para tal, o disposto no artigo 51.º, n.º 5, da LTC.

Cumpra, desde já, referir que o TC não declarou a inconstitucionalidade das referidas normas à luz do direito ao sigilo das comunicações<sup>23</sup>.

Em síntese, o TC, apreciando separadamente a vertente da conservação (artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008) – e, dentro dela, analisou primeiro os dados de base e depois os dados de tráfego e de localização, cuja conservação considerou mais intensamente restritiva de direitos fundamentais do que a conservação dos dados de base – da vertente da transmissão (artigo 9.º), baseou o juízo de inconstitucionalidade nos seguintes aspetos:

- a) no que tange à conservação dos dados de base, ainda que a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 não viole os ditames do princípio da proporcionalidade, o disposto no artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, interpretado em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da CDFUE, impõe ao legislador, como condição de efetividade das garantias nele consagradas, a previsão da obrigatoriedade do armazenamento dos dados pessoais (como é o caso dos dados de base) num Estado-Membro da União Europeia e tal não é exigido pelos artigos 4.º e 6.º nem por qualquer outra norma da Lei n.º 32/2008 ou de outro diploma vigente na ordem jurídica portuguesa;
- b) no que tange à conservação dos dados de tráfego e de localização, mesmo quando não sejam gerados em virtude de uma comunicação pessoal, além de a lei não prever a obrigatoriedade do armazenamento dos dados pessoais num Estado-Membro da União Europeia, a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 constitui uma restrição desproporcionada dos direitos à reserva da intimidade da

<sup>23</sup> O que motivou uma declaração de voto dos Cons. Afonso Patrão, José João Abrantes, Assunção Raimundo e Mariana Canotilho.

vida privada e à autodeterminação informacional na medida em que são conservados todos os dados de localização e de tráfego de todos os assinantes, abrangendo as comunicações eletrónicas da quase totalidade da população, incluindo pessoas relativamente às quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa, e sem qualquer diferenciação, exceção ou ponderação face ao objetivo visado;

- c) no que tange à transmissão dos dados conservados, ainda que a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 não viole os ditames do princípio da proporcionalidade, a lei não prevê a obrigatoriedade da notificação das pessoas cujos dados relativos às suas comunicações foram transmitidos às autoridades públicas a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou a integridade física de terceiros (ainda que essas pessoas, embora por sua iniciativa, possam indagar se existiu algum acesso aos seus dados), o que constitui uma restrição desproporcionada dos direitos ao acesso a uma tutela judicial efetiva e à autodeterminação informacional.

Como se disse, tal entendimento não foi unânime, porquanto foi lavrado um voto de vencido, cujos fundamentos subscrevemos na sua maioria (e não na sua totalidade), embora considerando que poderão ser invocados outros argumentos adicionais e que o entendimento que foi acolhido pela maioria dos Juizes do TC é, ele próprio, inconstitucional. Inconstitucionalidade essa que não é afastada pelo facto de o Acórdão n.º 268/2022 acabar por funcionar como uma espécie de transposição de vários arestos do TJUE para a nossa ordem jurídica interna. Aliás, por essa razão, padece de vícios análogos aos de que os arestos do TJUE em causa padecem, embora à luz do Direito da União Europeia.

No entanto, iremos cingir a nossa análise ao Direito português, embora relembando, desde já, que, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE), “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a [...] prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”<sup>24</sup> e que a CDFUE também garante, no seu artigo 6.º, os direitos à liberdade e à segurança, bem como, noutros preceitos, diversos direitos fundamentais que constituem o substrato constitucional de bens jurídicos tutelados por diversos tipos de crime

<sup>24</sup> E, de acordo com o artigo 67.º, n.º 3, do TFUE, “a União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.”



particularmente graves e cuja prevenção e repressão são essenciais num Estado de Direito, como, por exemplo, os direitos à vida (artigo 2.º), à integridade pessoal (artigo 3.º), a não ser escravizado nem alvo de redução à servidão ou sujeito a tráfico de seres humanos (artigo 5.º), à propriedade (artigo 17.º), à saúde (artigo 35.º), ao ambiente (artigo 37.º), a uma boa administração (artigo 41.º), à ação e a um Tribunal imparcial (artigo 47.º), *etc.*, que, na nossa óptica, não foram tidos em conta (ou, pelo menos, não o foram na correta medida) pelo TJUE. E o mesmo sucede com os direitos ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º) e à proteção de dados pessoais (artigo 8.º), que também podem ser lesados por via da prática de crimes, pelo que não podem ser considerados apenas para justificar a limitação da utilização de medidas de investigação criminal.

Assim, passando a apresentar os nossos argumentos no sentido da inadequação do decidido pelo TC, em primeiro lugar, ao contrário do que é afirmado pelo TC (e aqui divergimos do voto de vencido) e pelo TJUE, a mera conservação de metadados não restringe qualquer direito fundamental, sendo que apenas ocorre uma restrição no momento em que eles sejam acedidos.

Na verdade, tal como exigem os artigos 3.º, n.º 3, e 7.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2008, os metadados terão de ser guardados em ficheiros (*que têm de estar obrigatoriamente separados de quaisquer outros ficheiros para outros fins*) e *encriptados* e, nos termos dos artigos 3.º, n.ºs 1 e 2, 8.º e 9.º, n.º 1 (abstraindo do facto de, como referimos, considerarmos que este preceito foi tacitamente revogado pela Lei n.º 109/2009).

Esses ficheiros só podem ser desencriptados e acedidos para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes e mediante despacho judicial fundamentado<sup>25</sup>. E, além disso, só os funcionários do operador de comunicações eletrónicas que estejam especialmente autorizados para tal poderão aceder aos dados, sob pena de responsabilidade penal<sup>26</sup> (e a sua identidade tem de ser comunicada à CNPD, sob pena de responsabilidade contraordenacional<sup>27</sup>). Ou seja, na fase de conservação, os metadados são, apenas e só, inseridos em ficheiros que ficarão encriptados e intocados até à sua destruição ao fim de 1 ano, a menos que seja autorizado o

<sup>25</sup> Atento o facto de entendermos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 foi revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, a entidade competente para autorizar o acesso aos metadados é a autoridade judiciária no caso de dados de base e de localização celular (cfr. artigo 14.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 109/2009) e, no caso dos dados de tráfego, o JIC ou o Juiz (cfr. artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, na fase de inquérito, e 189.º, n.º 2, do CPP, nas demais fases processuais). Aliás, não vemos em que medida a obtenção de dados conservados terá de ser rodeada de maiores garantias do que no caso de esses dados serem obtidos em tempo real, razão pela qual entendemos ser desajustado sujeitar o acesso a dados de base ou de localização conservados a autorização judicial quando a obtenção desses dados em tempo real pode ser autorizada pelo MP na fase de inquérito.

<sup>26</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 32/2008.

<sup>27</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 32/2008.

acesso a determinados metadados (apenas os relativos ao arguido, ao suspeito, ao intermediário ou, mediante consentimento, à vítima e não a todos os metadados que estejam naquele ou naqueles ficheiros) e nada mais: a mera conservação, por si só, não revela quaisquer informações, apenas permitindo o uso futuro de elementos de prova em investigações criminais que, de outro modo, teriam desaparecido e não poderiam ser utilizados, sendo que, num Estado de Direito, esse aumento da eficácia da investigação só pode ser considerado positivamente<sup>28</sup>.

Daí que não se nos afigure razoável defender a existência de uma restrição de direitos fundamentais ao nível da mera conservação dos dados, assim como também não existe no caso da preservação expedita de dados informáticos e na revelação expedita de dados de tráfego previstas nos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 109/2009 (Cfr. NUNES, 2021a, p. 84 e 101). E, por isso, o disposto nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008 jamais poderia ser inconstitucional.

Em segundo lugar, mesmo que se admitisse (que não admitimos) que a mera conservação de metadados restringe direitos fundamentais, tratar-se-ia, em todo e qualquer caso, de restrições muito pouco significativas. Assim, no caso dos dados de base, trata-se dos elementos necessários para o acesso à rede

<sup>28</sup> De facto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem considerado que a proteção dos direitos fundamentais inclui o dever de as autoridades levarem a cabo uma investigação efetiva e eficaz (no sentido de serem utilizados meios de investigação que se mostrem necessários para investigar no caso concreto) em ordem a investigar os crimes que atinjam algum dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), desde logo no caso de homicídios, tendo em conta o disposto no artigo 2.º da CEDH (cfr. Acórdãos McCann e Outros c. Reino Unido, Mahmut Kaya c. Turquia, Hugh Jordan c. Reino Unido, Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido, Nachova e Outros c. Bulgária, Kaya e Outros c. Turquia, Ramsahai e Outros c. Países Baixos, Angelova e Iliev c. Bulgária, Opuz c. Turquia, Kolevi c. Bulgária, Al-Skeini e Outros c. Reino Unido, Vasilka c. Moldávia, Jaloud c. Países Baixos, Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turquia e Armani da Silva c. Reino Unido).

E, no que concerne à obtenção de metadados numa investigação criminal, o TEDH considerou que a não obtenção de metadados que se mostre necessária para uma determinada investigação criminal de crimes cometidos através da Internet ou com utilização da Internet (*v. g.*, divulgação de vídeos anteriormente obtidos através de uma câmara oculta colocada no domicílio da vítima, permitindo a obtenção dos metadados identificar o autor da publicação e, eventualmente, o autor das gravações ilícitas) é incompatível com o artigo 8.º da CEDH (que também inclui um dever positivo de as autoridades levarem a cabo uma investigação efetiva e eficaz relativamente a crimes que lesem os direitos fundamentais tutelados por esse preceito da CEDH) se essa não obtenção puser em causa a eficácia dessa mesma investigação [cfr. Acórdãos K.U. c. Finlândia, Khadija Ismayilova c. Azerbaijão e Volodina c. Rússia (N.º 2)]. Aliás, no Acórdão K.U. c. Finlândia é particularmente evidente a censura do TEDH à excessiva importância que foi atribuída pelas autoridades finlandesas à confidencialidade dos dados de tráfego dos internautas face à necessidade de identificar o indivíduo que publicou um anúncio na Internet, desse modo tornando um menor em alvo de abordagens de pedófilos, sendo que a lei finlandesa em vigor, que visava proteger a liberdade de expressão e o direito à expressão anónima e protegia os autores de mensagens anónimas na Internet, impedia as autoridades de, numa tal situação, imporem ao fornecedor de serviços o fornecimento de metadados que permitissem a identificação do agente da infração, o que votara ao insucesso a investigação que fora aberta.

Acresce que a União Europeia aderiu à CEDH e, além disso, os direitos fundamentais tal como a CEDH os garante e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros fazem parte do Direito da União Europeia enquanto princípios gerais, (cfr. artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do TUE).

(*v. g.*, nome, data de nascimento, morada, estado civil, número de telefone, PIN, PUK, IMEI, IMSI, endereço eletrónico, IP<sup>29</sup>), sendo que o próprio TC acaba por considerar que se trata de uma restrição pouco intensa.

No caso dos dados de localização a que a Lei n.º 32/2008 se refere, a única informação que esses dados fornecem é a localização de um determinado dispositivo (que nem sequer permite determinar com toda a exatidão qual é esse local), a partir da qual se vai *inferir* (de forma ilidível) que o seu proprietário ou utilizador habitual se encontrava nesse mesmo local, sendo incorreto afirmar que os dados de localização permitem *saber* a localização de uma pessoa. Por isso, a obtenção (e não a conservação, que não revela quaisquer dados) de dados de localização celular constitui uma restrição muito pouco significativa de direitos fundamentais<sup>30</sup>.

Por fim, no caso dos dados de tráfego, trata-se dos elementos ou dados funcionais necessários ou produzidos pelo estabelecimento da ligação através da qual uma comunicação concreta é operada ou transmitida [a direção, o destino (*adressage*) e a via, o trajeto (*routage*)], os quais se limitam a revelar – no caso de comunicações telefónicas – os números das chamadas recebidas e os números para os quais aquele dispositivo ligou (daí se *inferindo*, uma vez mais de forma ilidível, que as comunicações tiveram lugar entre os proprietários ou os utilizadores habituais de cada um desses números telefónicos) e a data, a duração, a hora, e a frequência dessas comunicações ou tentativas de comunicação e nada mais, pois nada revelam quanto ao conteúdo das comunicações.

Por isso, trata-se de uma restrição também pouco intensa de direitos fundamentais e que, por ser muito menos intensa do que no caso da obtenção de dados de conteúdo, a sua obtenção, ainda que restrinja o direito à inviolabilidade das comunicações, nem deveria estar sujeita ao regime particularmente restritivo das interceções de comunicações (cfr. NUNES, 2019a, p. 577), como sucede no Direito alemão (em que o legislador consagrou, no § 100g StPO<sup>31</sup>, um regime muito menos restritivo do que o das interceções de comunicações do § 100a).

Em terceiro lugar, a conservação e os ulteriores acesso e utilização de metadados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes (cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2008), o que inclui a repressão criminal e a prevenção criminal, tendo em conta o *continuum* que existe (e terá de existir<sup>32</sup>) entre ambas como *conditio sine*

<sup>29</sup> No que tange às diferenças de regime jurídico relativamente à obtenção do IP estático e do IP dinâmico, *vide* Nunes (2021a, p. 110-111).

<sup>30</sup> Cfr. Nunes (2019b, p. 133), Acórdãos do TC n.º 486/2009 e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 29/04/2010 e Sentenças do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 24/01/2001 e do *Tribunal Supremo* n.º 6307/2009; contra, Acórdão do TC n.º 268/2022 e Sentença *United States v. Jones* do *Supreme Court of the United States*.

<sup>31</sup> *Strafprozessordnung*.

<sup>32</sup> Sobre esse *continuum*, *vide* Nunes (2019a, p. 255 e ss.).

*qua non* para responder eficazmente à criminalidade organizada, ao terrorismo, à criminalidade económico-financeira e ao cibercrime (cfr. NUNES, 2019a, p. 581). Como referimos, os metadados são conservados em ficheiros separados dos demais ficheiros e ficam encriptados e intocados até à sua destruição ao fim de um ano, a menos que seja autorizado o acesso a metadados relativos ao arguido, ao suspeito, ao intermediário ou, mediante consentimento, à vítima (e não a todos os metadados que estejam naquele ou naqueles ficheiros).

Além disso, se atentarmos no catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008<sup>33</sup>, estão em causa crimes gravíssimos, como, por exemplo, crimes de homicídio doloso, ofensa à integridade física grave, mutilação genital feminina, ofensa à integridade física agravada pelo resultado, violência doméstica, violação, coação sexual, abuso sexual de menores, roubo, extorsão, associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, organizações terroristas, terrorismo, financiamento do terrorismo, rapto, sequestro agravado, tomada de reféns, escravidão, tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, crimes contra a segurança do Estado ou contrafação de moeda.

E, como sabemos, para que a criminalização de uma conduta seja admissível, terá de estar em causa a proteção de um bem jurídico essencial à convivência comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa, que terá de estar relacionado com um direito fundamental ou com um interesse constitucionalmente protegido, sendo os bens jurídico-penais concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica (cfr. DIAS, 2019, p. 136 e ss.; NUNES, 2021b, p. 84). Deste modo, no caso dos crimes que referimos, está em causa a proteção de alguns dos bens mais relevantes à luz da ordem de valores jurídico-constitucional.

Ora, a utilização de metadados tende a ser absolutamente essencial para muitas investigações criminais desses tipos de crime (e de outros)<sup>34</sup>, *maxime* quando se trate de formas de criminalidade que utilizam sistematicamente meios informáticos e/ou outros meios eletrónicos de comunicação à distância

<sup>33</sup> Embora consideremos que a obtenção de dados de localização ou de base não está sujeita a qualquer catálogo de crimes (cfr. artigo 14.º da Lei n.º 109/2009) e que a obtenção de dados de tráfego está sujeita (*de jure condito*) ao catálogo do artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, que é mais amplo do que o catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008.

<sup>34</sup> Não poucas vezes, para lograrem identificar os agentes do crime, as autoridades têm necessariamente de determinar quais eram os telemóveis/cartões que acionaram um conjunto de células/antenas de telecomunicações no lapso de tempo em que os factos terão sido praticados (estando, muitas vezes, em causa um lapso de tempo de apenas alguns minutos) e a identidade dos respetivos proprietários (a fim de inferir quem eram as pessoas que se encontravam naquele local para, numa segunda fase, conseguir identificar os autores do crime), sendo que é frequente estarem em causa crimes extremamente graves (homicídios, raptos, roubos, assaltos a caixas multibanco com utilização de explosivos, *etc.*) (*vide*, a este respeito, NUNES, 2019b, *passim*).

(designadamente, a criminalidade organizada, o terrorismo<sup>35</sup>, a criminalidade económico-financeira, ou o cibercrime<sup>36</sup> *ex se*) cuja utilização gere metadados.

E, como é óbvio, a notícia do crime é sempre obtida após a prática do crime (e, não poucas vezes, muito depois), já para não falar dos casos em que, mesmo que o processo seja instaurado pouco tempo após a prática do crime, a identificação de arguidos ou suspeitos só ocorre muito tempo depois da instauração do processo (e só aí, salvo no caso da vítima, é que a obtenção de metadados relativos ao suspeito, ao arguido ou ao intermediário será possível e admissível). Por isso, os metadados que se interessa obter são metadados gerados no passado e não no decurso da investigação<sup>37</sup>, sendo essa situação que o legislador pretendeu acautelar ao impor a conservação dos metadados através da Lei n.º 32/2008 e o mesmo sucedendo com o Parlamento Europeu e o Conselho ao adotarem a Diretiva 2006/24/CE.

Tendo em conta o que acabámos de referir, além de a mera conservação de metadados não restringir direitos fundamentais (e, ainda que restringisse, tratar-se-ia de uma restrição pouco intensa) e de o acesso aos metadados constituir uma restrição pouco intensa de direitos fundamentais, a desconsideração (ao ponto de ocorrer um sacrifício a 100% do valor da segurança<sup>38</sup> e também dos demais direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 quando acaba por impedir a conservação e o acesso a esses dados nos termos dos artigos 4.º, 6.º e 9.º dessa lei) da necessidade de responder eficazmente aos crimes graves constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 configura uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados por esses crimes<sup>39</sup>. E é certo que a Lei n.º 32/2008 encontrou um equilíbrio que proporciona uma muito adequada concordância prática entre os bens e valores em jogo<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Aliás, é sabido que as investigações criminais dos atentados terroristas de Madrid (11/03/2004) e Londres (07/07/2005) foram bem-sucedidas graças à reconstituição das comunicações eletrónicas entre os vários intervenientes das redes terroristas em causa, pois foi essa reconstituição que permitiu às autoridades perceberem as relações existentes entre eles.

<sup>36</sup> Que, quando entendido em sentido lato (tal como defendemos), inclui tanto os crimes em que o sistema informático ou os dados informáticos são o objeto da ação, ainda que como alvos simbólicos (cibercrime em sentido estrito) como outros crimes cujo cometimento esteja significativamente ligado à utilização de um sistema informático (onde se incluem, por exemplo, a pornografia infantil, a extorsão sexual, o tráfico de drogas ou armas, o jogo ilícito *online*, as burlas relativas a criptomoedas, etc.) (cfr. NUNES, 2021a, p. 45-46).

<sup>37</sup> Cujas obtenção, em regra, apenas tem interesse no caso de atividades criminosas duradouras em que, no decurso da investigação, vão sendo cometidos novos crimes ou novos atos do crime sob investigação (*v. g.*, no caso dos crimes de tráfico ou de abuso sexual de menores).

<sup>38</sup> Cfr. Voto de vencido do Acórdão do TC n.º 268/2022.

<sup>39</sup> Como resulta da jurisprudência do TEDH que referimos.

<sup>40</sup> Como se aduz no Voto de vencido do Acórdão do TC n.º 268/2022.

Aliás, atentas à natureza dos crimes que integram o catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008, à intensidade da restrição de direitos fundamentais que o acesso aos metadados acarreta<sup>41</sup> e às salvaguardas que o legislador previu na lei, os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos prosseguidos através da investigação criminal tendem a ser mais relevantes à luz da ordem de valores jurídico-constitucional do que os direitos fundamentais restringidos, o que foi completamente invertido pelo TC. E não podemos olvidar que o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz é um pressuposto essencial do Estado de Direito e possui, também ele, respaldo constitucional<sup>42</sup>, sendo que a investigação dos crimes e a punição dos criminosos é levada a cabo em prol do interesse da Comunidade no seu todo e não em prol do engrandecimento do Estado.

Em quarto lugar, como se afirma no voto de vencido, se só for possível conservar metadados (designadamente no caso de dados de tráfego e de localização) relativamente a pessoas em relação às quais existam indícios de que o seu comportamento possa ter algum *nexo* com os crimes graves enunciados na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 32/2008, os fornecedores de serviços de telecomunicações apenas podem conservar os dados quando a autoridade judiciária competente os solicitar no decurso de uma investigação criminal, situação que já está prevista no artigo 12.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro<sup>43</sup> (mas cuja aplicação depende de os dados a preservar terem sido previamente conservados)<sup>44</sup>, mas não se mostra eficaz para garantir a recolha de prova em processo penal. Isto porque, por exemplo, numa situação de rapto, se os dados relativos às comunicações das vítimas forem apagados findas que sejam tais comunicações, poderá ser muito difícil identificar os agentes dos crimes, sendo os metadados que viessem a ser obtidos em tempo real tendencialmente inúteis.

<sup>41</sup> Sendo que, no caso da conservação, não ocorre qualquer restrição e, a ocorrer, seria pouco intensa e inclusivamente menos intensa do que no caso do acesso.

<sup>42</sup> Cfr. Dias (2011, p. 37 e ss.), Nunes (2019a, p. 335 e ss.), Correia (2014, p. 39, nota 21), Acórdãos Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido do TEDH, do TC n.º 213/2008, do STJ de 03/03/2010 e do TRL de 24/01/2012 e Sentenças do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) de 27/06/2018, *National City Trading Corp. v. United States* do *United States Court of Appeals, 2nd Circuit* (1980) e *United States v. Hunter* do *United States District Court, Vermont* (1998).

<sup>43</sup> O texto integral da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (lei do Cibercrime) está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis)>.

<sup>44</sup> Aliás, em consequência da decisão do TC – e caso não seja possível encontrar um caminho alternativo no Direito vigente no que tange às normas julgadas inconstitucionais (e sem prejuízo de considerarmos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 fora já revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009 –, os artigos 12.º (na parte em que estejam em causa dados de tráfego, de base e/ou de localização), 13.º e 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 ficaram temporariamente esvaziados de conteúdo, só voltando a ter aplicabilidade prática quando entrar em vigor uma nova lei relativa à conservação de metadados (já que no que tange ao acesso, os meios de obtenção de prova previstos na Lei n.º 109/2009 são perfeitamente adequados para esse fim).

No fundo, uma tal exigência é impossível de observar no caso da conservação de metadados a que se refere a Lei n.º 32/2008, que, como vimos, é um instrumento absolutamente essencial para muitas investigações criminais, *maxime* quando se trate de formas de criminalidade de difícil investigação e que utilizam sistematicamente meios informáticos e/ou outros meios eletrónicos de comunicação à distância (designadamente, a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira ou o cibercrime *ex se*) cuja utilização gere metadados.

Na verdade, a conservação de metadados a que se refere a Lei n.º 32/2008 é uma medida de prevenção criminal que se integra na chamada investigação proativa (que é essencial para responder às novas formas de criminalidade, em que uma investigação meramente reativa, *i. e.*, apenas a partir da obtenção da notícia do crime, é manifestamente ineficaz), sendo que a investigação proativa inicia-se num momento prévio à prática do crime ou ao conhecimento da sua prática pelas autoridades e visa, entre outras finalidades, obter uma *notitia criminis*, obter informações que facilitem a investigação de crimes que venham a ser cometidos (como sucede no caso da conservação de metadados ou da imposição de deveres de colaboração/reporte ao abrigo da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto) ou relativas ao modo de funcionamento de certas formas de criminalidade (as chamadas informações de *intelligence*) ou evitar o cometimento de crimes já planeados ou minimizar os seus efeitos para as vítimas (cfr. NUNES, 2019a, p. 256-257).

Dito de outro modo, num momento prévio à obtenção da notícia do crime é *impossível* indicar qualquer critério delimitador dos metadados a conservar. E, ainda que fosse possível, tal critério sempre violaria os princípios da proibição da discriminação (como veremos infra) e da presunção de inocência. No fundo, o TC formulou uma exigência que é de observância impossível e que contradiz a natureza preventiva, proativa da conservação de metadados e, com isso, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, negando, na prática – salvo se for possível encontrar vias alternativas no Direito vigente – a possibilidade de utilização de metadados na investigação criminal, que é um meio absolutamente necessário para responder às mais graves formas de criminalidade da atualidade.

Em quinto lugar, como se afirma no voto de vencido, na medida em que o artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP autoriza a informatização de dados pessoais sem o consentimento do titular e remete para a lei a definição dessas condições, não se pode aferir a observância dos ditames do princípio da proporcionalidade separando o regime da conservação dos dados pelos operadores de telecomunicações do regime de acesso aos mesmos. Na verdade, como aí se refere, a redação originária do artigo 35.º, n.º 1, apenas ressaltava o

“disposto na lei sobre segredo de Estado e segredo de justiça”, mas, na revisão de 1997 adotou-se uma fórmula mais ampla (“nos termos da lei”), para possibilitar outras restrições ao direito de acesso, designadamente no caso de medidas necessárias em matéria de segurança do Estado, defesa, segurança pública, prevenção, investigação, detenção e repressão de infrações penais, restrições que já estavam previstas no artigo 13.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Ora, a Lei n.º 32/2008 é um dos diplomas para os quais o artigo 35.º, n.º 4, da CRP remete a previsão de exceções à proibição de acesso a dados pessoais de terceiros, sendo que, se apenas as autoridades judiciárias tiverem acesso aos dados encriptados, com base em pressupostos previamente definidos, é óbvio que as oportunidades de devassa e difusão dos dados pessoais são escassas.

Em sexto lugar, apesar de a Lei n.º 32/2008 ser o diploma através do qual o legislador transpôs a Diretiva 2006/24/CE para o Direito português, a declaração de invalidade da Diretiva não implica por si só a invalidade da Lei n.º 32/2008 à luz do Direito União Europeia, pois a conservação e obtenção de registos da realização de comunicações e de dados de localização não depende, *ex se*, dessa Diretiva, nada impedindo a sua consagração legal na falta de uma tal Diretiva (cfr. NUNES, 2019a, p. 559). Ademais, o legislador nacional criou um quadro normativo que vai muito para além da Diretiva ao prever um regime jurídico que cumpre as exigências cuja inobservância pela Diretiva que levaram o TJUE a declarar a invalidade da Diretiva não sejam aplicáveis à Lei n.º 32/2008<sup>45</sup>.

Em sétimo lugar, como se refere no voto de vencido, a lei permite que os operadores conservem, pelo prazo de seis meses, uma grande parte dos metadados incluídos no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 para efeitos de faturação (cfr. artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei 41/2004, de 18 de agosto, e 9.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 de 26 de julho), sem que isso ponha em causa a privacidade dos utilizadores, ao ponto de não ter sido também peticionada a declaração da inconstitucionalidade das normas que permitem a conservação para efeitos de faturação.

Ora, não se pode conceber que o interesse privado das operadoras cobrarem os serviços prestados aos seus clientes possa ser mais relevante do que o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz, sobretudo quando se trate da investigação de crimes que atentam contra os valores mais eminentes da ordem de valores jurídico-constitucional (como sucede com a vida e/ou a integridade pessoal, que a CRP reputa expressamente como invioláveis) e exista o perigo de criminosos que cometeram crimes graves e foram punidos

---

<sup>45</sup> Relativamente às razões por que entendemos que os fundamentos que levaram o TJUE a declarar a invalidade da Diretiva não são aplicáveis à Lei n.º 32/2008, *vide* Nunes (2019a, p. 559 e ss.).



por sentença transitada em julgado virem a ser absolvidos na sequência de um recurso de revisão procedente e da conseqüente reelaboração da Sentença com expurgo das provas obtidas através de metadados, ao ponto de se admitir como constitucionalmente admissível a conservação de dados para efeitos de faturação e o mesmo já não suceder no caso de conservação para fins de investigação criminal.

Em oitavo lugar, como também se refere no voto de vencido, o TJUE considerou que a conservação de dados só é admissível quando obedeça a três critérios objetivos (um período temporal, uma zona geográfica determinada e um círculo determinado de pessoas), sendo que uma medida legislativa de conservação preventiva de dados, geograficamente condicionada, dirigida a um círculo de pessoas determinadas e sem qualquer facto típico cometido não é tolerada pela norma do n.º 3 do artigo 35.º da CRP, que apenas admite que o legislador autorize tratamento informático de dados relativos à vida privada “*com garantias de não discriminação*”. Por isso, o entendimento do TJUE, além de lhe serem assacáveis *mutatis mutandis* as críticas que formulamos ao entendimento do TC, viola o princípio da igualdade e a proibição de discriminação (e também a presunção de inocência), pelo que, ao acolher o entendimento do TJUE, o TC também viola o princípio da igualdade e a proibição de discriminação e a presunção de inocência (pois está a suspeitar-se de que aquele concreto visado poderá ter cometido ou vir a cometer crimes de que nem sequer existe notícia), o que configura uma primeira causa da inconstitucionalidade do entendimento perfilhado pelo TC no Acórdão n.º 268/2022.

Em nono lugar, no que diz respeito à não previsão da obrigatoriedade de que os dados estejam armazenados num Estado-Membro da União Europeia, como se aduz no voto de vencido, é um problema que nem sequer se deveria colocar, pois o artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2008 remete para as Leis n.ºs 67/98, de 26 de outubro (sendo que, atualmente, a questão está regulada nos arts. 44.º e ss. do RGPD), e 41/2004, de 18 de agosto, onde se resolve a questão da territorialidade e da transferência dentro e para fora da União Europeia (o que torna desnecessária a repetição dessa regulação na Lei n.º 32/2008). E, além disso, quando a lei sujeita a conservação dos dados ao controlo da CNPD, está a impor, implicitamente, que os dados terão de estar armazenados no território português.

Em décimo lugar, em sentido contrário dos demais argumentos que já esgrimimos e esgrimiremos de seguida, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável, pelo que também a defesa (e não apenas a acusação) fica impossibilitada de utilizar tais provas, com as quais poderia

impedir condenações insustentável e materialmente injustas.

Em décimo primeiro lugar, no que diz respeito à não notificação dos titulares dos dados de que os seus dados foram acedidos pelas autoridades, desde logo, na maioria das situações, essa notificação sempre seria completamente desnecessária e redundante, dado que, na maioria das investigações, os dados que foram acedidos são os dados do ou dos arguidos, que, tendo acesso aos autos, terão perfeito conhecimento de que os seus dados foram acedidos e poderão exercer os seus direitos a esse respeito. Além disso, como se refere no voto de vencido, o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 nem sequer é a sede para regular se e quando o titular dos dados deve ser notificado pelas autoridades judiciais do acesso e transmissão de dados, pelo que declarar a inconstitucionalidade deste preceito com um tal fundamento não faz qualquer sentido. Ademais, é manifestamente excessivo e desrazoável declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, com isso, vedar o recurso a um meio de obtenção de prova absolutamente essencial para investigar crimes graves, com um tal fundamento, sobretudo tendo em conta as consequências jurídicas que poderão advir de uma tal decisão.

Em décimo segundo lugar, se atentarmos nas consequências jurídicas expectáveis de uma tal declaração de inconstitucionalidade, o decidido pelo TC, no caso de não ser possível encontrar vias alternativas aos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 no Direito vigente para obter metadados para as investigações criminais pode abrir a porta a consequências absolutamente devastadoras em termos de resposta à criminalidade (e, como tal, de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois a prática de crimes também constitui um atentado contra os direitos fundamentais dos cidadãos em geral e das vítimas em particular), de restabelecimento da paz jurídica e de realização da justiça penal e de credibilidade da Justiça e do próprio Estado de Direito. Assim, no que tange aos processos em curso, não poderão ser obtidos metadados e os que tiverem sido obtidos não poderão ser usados como prova (o que pode comprometer de sobremaneira a eficácia das investigações e conduzir a decisões absolutórias<sup>46</sup> insustentável e materialmente injustas, bem como, na medida em que também a defesa fica impossibilitada de os usar, conduzir a decisões condenatórias insustentável e materialmente injustas ou, pelo menos, à sujeição do arguido a julgamento de forma absolutamente desnecessária).

Mas a situação poderá ser ainda mais dramática no que tange a condenações transitadas em julgado (sobretudo no caso de crimes graves, de criminosos perigosos e/ou de condenações em penas de prisão efetiva), em que,

---

<sup>46</sup> Nas “decisões absolutórias” devemos incluir, além de sentenças absolutórias, os despachos de arquivamento e os despachos de não pronúncia.

por força do disposto no artigo 449.º, n.º 1, alíneas e) ou f), do CPP<sup>47</sup>, nos casos em que os metadados tenham sido decisivos para a condenação (*maxime* quando tenha sido através dos metadados que foi possível dirigir a investigação e obter as provas que sustentaram a condenação – que dificilmente teria sido possível descobrir sem a prévia obtenção dos metadados – ou quando, no caso de condenações com base em prova indiciária, tenham sido os metadados que permitiram retirar dos indícios a prova dos factos constitutivos do crime<sup>48</sup>), indivíduos que comprovadamente cometeram crimes (e, por isso, foram condenados) acabarem por ser absolvidos, com tudo o que isso possa acarretar em termos de prevenção geral e especial, para as vítimas do crime (que poderão vir a ser confrontadas com a absolvição de criminosos que haviam efetivamente cometido crimes contra si e que haviam sido condenados com trânsito em julgado) e, em última análise, para a credibilidade da Justiça e do Estado de Direito aos olhos dos cidadãos. E mesmo no caso do arguido, as provas que os metadados podem proporcionar também podem servir para o arguido demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável.

E é por força de tudo isto que haverá que convocar um último argumento (que também constitui um fundamento para afirmar que o entendimento perfilhado pelo TC é inconstitucional) e que tem a ver com o próprio princípio da proporcionalidade. De facto, o princípio da proporcionalidade não possui apenas uma vertente de proibição do excesso (*Übermaßverbot*), possuindo igualmente uma vertente de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), que é violada quando as entidades (designadamente, o Estado em todas as suas funções: legislativa, jurisdicional e administrativa) oneradas com um dever de proteção (*Schutzpflicht*) não adotam medidas ou adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais<sup>49</sup>. Aí se incluindo, por exemplo, a adoção de medidas inadequadas ou ineficazes, o não aperfeiçoamento das medidas existentes, a adoção de medidas que desprotejam os cidadãos face às ameaças ou agressões provenientes de outros cidadãos e a “anulação” de medidas existentes de que resulte uma proteção insuficiente de direitos fundamentais (cfr. ISENSEE, 1983,

<sup>47</sup> No entanto, as condenações transitadas em julgado só poderão ser postas em causa por via da interposição de um recurso extraordinário de revisão, que terá de ser julgado procedente pelo STJ, para que, então, a sentença possa ser reelaborada, sendo expurgada das provas obtidas através de metadados conservados à luz da Lei n.º 32/2008, embora sem prejuízo de essas provas serem mantidas (e a condenação mantida nos seus precisos termos) no caso de se concluir que poderiam ter sido obtidas por outra via que não os artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008.

<sup>48</sup> Será muito pouco provável que alguma condenação se baseie exclusivamente em metadados, mas as situações referidas no texto são altamente plausíveis. Na verdade, os metadados podem ter sido a prova que permitiu chegar a todas as outras e, por isso, a todas contaminar com o seu efeito à distância.

<sup>49</sup> Assim, Canotilho (2002, p. 273), segundo o qual, ocorre um defeito de proteção (e, como tal, uma violação *Untermassverbot*) “quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”.

p. 40; BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 68; NUNES, 2019a, p. 322; HAIN, 1993, p. 983; UNRUH, 1996, p. 24-25; PIETRZAK, 1994, p. 750 e 752-753). E a proibição de insuficiência vale também no plano do Direito Penal (e Processual Penal)<sup>50</sup>, sendo que, como bem afirma Isensee (2000, p. 218), o cumprimento do dever estatal de proteção da segurança dos cidadãos tanto poderá consistir na adoção de medidas repressivas como de medidas preventivas.

É evidente que a proibição de insuficiência não pode ser radicalizada, sob pena de ultrapassagem dos limites de facto e direito a que o legislador está adstrito numa Sociedade livre e democrática (cfr. ANDRADE, 2004, p. 149; ISENSEE, 2000, p. 155; NUNES, 2019a, p. 325), mas também não pode ser desvalorizada ao ponto de a esvaziar ou quase esvaziar de efeito útil em favor da proibição do excesso, jamais se podendo afirmar que a proibição de insuficiência apenas vale na medida do possível<sup>51</sup>.

A proibição de insuficiência corresponde ao patamar mínimo de proteção do direito fundamental, ao passo que a proibição do excesso corresponde ao patamar máximo admissível da restrição, vigorando a liberdade de conformação do legislador (que define o “*como*” da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos face a ameaças ou a agressões provenientes de terceiros) no espaço que medeia entre o patamar mínimo de proteção e o limite máximo da restrição (neste sentido, NUNES, 2019a, p. 328.).

Na medida em que, no momento da aplicação ao caso concreto, ambas as vertentes do princípio da proporcionalidade poderão colidir entre si, haverá que compatibilizá-las, encontrando a proibição de insuficiência limites na proibição do excesso e vice-versa, pois a violação da proibição de insuficiência também pode resultar de uma incorreta aplicação da proibição do excesso e vice-versa (assim, NUNES, 2019a, p. 328-329).

E, na nossa óptica, como referimos, o entendimento perfilhado no Acórdão do TC n.º 268/2022 é ele próprio inconstitucional, porquanto dele resulta uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 ao impossibilitar a conservação e o acesso a esses dados nos termos dos artigos 4.º, 6.º e 9.º dessa lei quando:

- a) a mera conservação de metadados, sobretudo tendo em conta o modo com eles são armazenados nos termos da lei, não restringe qualquer direito fundamental;

<sup>50</sup> Acerca dos corolários do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de insuficiência e dos deveres estatais de proteção ao nível do Direito penal (em sentido amplo), *vide* Nunes (2019a, p. 330 e ss.), com vastas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

<sup>51</sup> Como faz Andrade (2004, p. 149) [sobre a nossa crítica a esta afirmação, *vide* Nunes (2019a, p. 330 (nota 1269))].

- b) ainda que o acesso aos metadados restringisse direitos fundamentais, fá-lo-ia sempre de uma forma pouco intensa (pelas razões sobreditas), jamais justificando a proteção desses direitos fundamentais (para mais quando são alvo de uma restrição pouco intensa) a completa desconsideração das necessidades de resposta eficaz aos crimes graves constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008, como sucede no aresto em análise;
- c) assenta numa exigência impossível de cumprir em face da natureza preventiva da conservação de metadados (no momento em que os dados são conservados não existe nem poderá existir qualquer suspeita e não é possível definir qualquer critério no que tange à seleção de pessoas cujos dados podem ser conservados sem se violar os princípios da proibição da discriminação e da presunção de inocência) cujo (inevitável) incumprimento é utilizado como fundamento para declarar a inconstitucionalidade;
- d) é manifestamente excessivo declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, com isso, vedar o recurso a um meio de obtenção de prova absolutamente essencial para investigar crimes graves (e para o arguido demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável), apenas porque essa norma não prevê a obrigatoriedade da notificação dos titulares dos dados de que os seus dados foram acedidos pelas autoridades quando, pela sua natureza, não caberia a essa norma regular uma tal matéria e, na maioria das situações, essa notificação sempre seria completamente desnecessária e redundante, dado que, na maioria das investigações, os dados que foram acedidos são os dos arguidos, que, tendo acesso aos autos, terão perfeito conhecimento de que os seus dados foram acedidos e poderão exercer os seus direitos a esse respeito; e
- e) irá dificultar de sobremaneira a resposta à criminalidade grave (*maxime* a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira, a criminalidade violenta, a criminalidade sexual e o cibercrime) ao impedir – caso não seja possível encontrar no Direito vigente uma via alternativa – a conservação preventiva dos metadados e o acesso a ele ou a valoração das provas já obtidas no âmbito dos processos em curso e, no caso de condenações transitadas em julgado, poderá abrir a porta a insustentáveis situações de impunidade com a absolvição de criminosos que haviam sido condenados por Sentenças transitadas em julgado no caso de o recurso de revisão interposto ser julgado procedente e de os factos criminosos não poderem ser dados como provados sem a valoração dos metadados.

Contudo, apesar de tudo o que acabámos de referir, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 (que retirou todo e qualquer efeito útil a essa lei) é irreversível, apenas restando procurar uma via alternativa (caso exista) no Direito vigente que permita evitar os efeitos nefastos – e existindo o risco de serem devastadores – que recenseámos supra, servindo o que temos vindo a referir para reforçar a premência da procura de uma tal solução. Ademais, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável, pelo que também a defesa (e não apenas a acusação) fica impossibilitada de utilizar tais provas.

#### **V A ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE METADADOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL APESAR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIA DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022**

Pese embora a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, como acabámos de referir, torna-se imperativo, desde logo para obstar à violação do princípio da proibição de insuficiência por via do défice de proteção dos direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 e condenações do Estado português no TEDH (por força dos deveres positivos de levar a cabo investigações criminais relativamente a crimes que lesem direitos fundamentais garantidos pela CEDH que o TEDH tem considerado recaírem sobre as autoridades), procurar caminhos alternativos no nosso Direito vigente.

Caso logremos encontrar um ou mais caminhos alternativos, além de continuar a ser admissível obter metadados e valorar as provas proporcionadas pelos metadados anteriormente obtidos nos processos em curso, a eventual lesão do artigo 126.º do CPP<sup>52</sup> que poderia fundamentar um recurso de revisão no caso das condenações transitadas em julgado não terá ocorrido, pois os dados poderiam ter sido legitimamente obtidos com base em normas diversas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 agora declaradas inconstitucionais.

---

<sup>52</sup> Embora entendamos que a conservação de metadados não restringe direitos fundamentais, o TC considerou o contrário, o que não pode deixar de relevar na hora de aferir se se verifica, ou não, o fundamento do recurso de revisão previsto no artigo 449.º, n.º 1, alínea e), do CPP. Diversamente, no caso do acesso e obtenção de metadados já ocorre uma restrição (ainda que pouco intensa) de direitos fundamentais previstos no artigo 126.º, n.º 3, do CPP.

A tarefa mais fácil, até tendo em conta aquele que sempre foi o nosso entendimento no que tange às relações entre a Lei n.º 32/2008 e a Lei n.º 109/2009, é a que se refere à determinação da norma que permite o acesso e a consequente obtenção dos metadados conservados para o processo.

E, a nosso ver, as normas que permitem obter os metadados conservados para o processo são o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais), continuando a ser possível lançar mão do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 109/2009 (no que tange à preservação expedita dos dados, que consiste na emissão de uma ordem a quem tenha a disponibilidade ou o controlo de quaisquer dados informáticos específicos armazenados num sistema informático que adote as medidas necessárias para proteger esses dados de tudo o que possa alterar ou deteriorar a sua qualidade ou o seu estado atual. Ainda assim, mantendo-os a salvo de toda e qualquer modificação, danificação ou eliminação, a fim de não comprometer a produção de prova) (cfr. NUNES, 2021a, p. 76-77).

É certo que o TC – embora de uma forma completamente desproporcionada e desrazoável – considerou que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 é inconstitucional em virtude de não estar prevista a obrigatoriedade da notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros. Todavia, tal poderá ser colmatado por via de, apesar de a lei o não prever, a autoridade judiciária notificar as pessoas cujos metadados tenham sido acedidos logo que essa notificação não seja suscetível de comprometer as investigações (quer a investigação naquele processo quer noutros processos) nem a vida, integridade física ou a liberdade (incluindo a liberdade e a autodeterminação sexual) de terceiros, assim se afastando este argumento na eventualidade de um recurso para o TC em sede de fiscalização concreta.

Deste modo, as autoridades podem legitimamente aceder, para fins de investigação criminal, a metadados previamente conservados pelos operadores de comunicações eletrónicas<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, dado que antes desse momento (e da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008) já vigoravam o artigo 189.º, n.º 2 (ao abrigo do qual era possível obter dados de tráfego e de localização celular, não distinguindo a lei se se tratava de dados obtidos em tempo real ou de dados conservados, sendo que a Lei n.º 41/2004 já então vigorava) e os artigos 125.º e 135.º (à luz dos quais era possível obter os dados de base), ambos do CPP.

Ademais, antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008 e da reforma de 2007 do CPP, a jurisprudência admitia a obtenção de dados de tráfego (que já então eram conservados à luz da Lei n.º 41/2004) junto dos operadores de comunicações eletrónicas [cfr., entre outros, Acórdãos do TRC de 17/05/2006 e 15/11/2006, do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 10/01/2005 e 21/11/2005 e do TRE de 26/06/2007].

No entanto, para que esse acesso (e ulterior valoração) possa ter lugar, os metadados terão de ter sido conservados e, mais do que isso, legitimamente conservados.

E, no que tange à prévia conservação de metadados (ainda que não para efeitos de investigação criminal), nos termos dos artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e 9.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 de 26 de julho<sup>54</sup>, os operadores de comunicações eletrónicas poderão conservar os metadados por seis meses (que é o período durante o qual a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado), sendo que, se essa conservação é legalmente admissível para efeitos de salvaguarda de direitos privados dos operadores de comunicações eletrónicas de cariz patrimonial (cobrança dos serviços prestados), por maioria de razão, é igualmente legítimo o acesso das autoridades a tais dados (legitimamente conservados) para fins de investigação criminal, prosseguindo-se, dessa forma, o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz (que é um pressuposto essencial do Estado de Direito e possui, também ele, respaldo constitucional), sendo que a investigação dos crimes e a punição dos criminosos é levada a cabo em prol do interesse da Comunidade no seu todo e não em prol do engrandecimento do Estado nem de interesses meramente privados. De notar que não nos parece que o decidido pelo TC no Acórdão n.º 268/2022 impeça os operadores de fornecerem às autoridades os dados que conservam nos termos da Lei n.º 41/2004.

No entanto, contra este nosso entendimento poderão ser aduzidos vários argumentos, embora todos estejam condenados ao naufrágio.

Assim, em primeiro lugar, poderá aduzir-se que o entendimento que defendemos passa (não na fase de conservação, mas sim na fase de transmissão) por uma “alienação do fim” (“*Zweckentfremdung*”), pois, ao serem subsequentemente acedidos e valorados num processo penal, os metadados irão ser utilizados para uma finalidade diversa daquela para a qual foram conservados. E, de facto, é isso que acontece. Contudo, pese embora o que resulta do Acórdão n.º 268/2022 do TC, o direito à autodeterminação informacional (de que a proibição de “alienação do fim” é um instrumento de tutela) não é absoluto e, além disso, como referimos, a mera conservação de metadados não restringe quaisquer direitos fundamentais (sendo que é a própria Lei n.º 41/2004 que “informa” os utilizadores de comunicações eletrónicas de que os seus metadados podem ser conservados pelos fornecedores de tais serviços) e o ulterior acesso a tais dados restringe direitos fundamentais de uma forma pouco intensa. E estando em causa a resposta à criminalidade grave, a “alienação do fim” jamais poderá constituir um óbice à obtenção e valoração de metadados para fins de investigação criminal, sob pena de violação da proibição de insuficiência.

<sup>54</sup> O texto integral da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, está disponível no endereço <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1436&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1436&tabela=leis)>.



E, em segundo lugar, poderá aduzir-se que o TJUE<sup>55</sup> entendeu que o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE (que foi transposta para o Direito português por via da Lei n.º 41/2004), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que preveja, para efeitos de luta contra a criminalidade, uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação eletrónica, bem como a uma regulamentação nacional que regule a proteção e a segurança dos dados de tráfego e dos dados de localização, em especial, o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados conservados, sem limitar, no âmbito da luta contra a criminalidade, esse acesso apenas para efeitos de luta contra a criminalidade grave, sem submeter o referido acesso a um controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade administrativa independente, e sem exigir que os dados em causa sejam conservados em território da União Europeia. No entanto, os dados conservados nos termos da Lei n.º 41/2004 não se destinam à investigação criminal (como sucedia no caso da Diretiva 2006/24/CE e da Lei n.º 32/2008), pelo que – sem prejuízo de entendermos que os arestos do TJUE sofrem, *mutatis mutandis*, dos mesmos vícios que apontámos ao Acórdão do TC n.º 268/2022 – a jurisprudência do TJUE não impede a conservação de metadados para as finalidades previstas na Lei n.º 41/2004 nem os posteriores acesso e valoração dos mesmos para efeitos de investigação criminal.

Em suma, apesar do decidido pelo TC no seu Acórdão n.º 268/2022, as autoridades poderão aceder, para fins de investigação criminal, aos metadados conservados à luz da Lei n.º 41/2004 e obtê-los para o processo (e valorá-los) com base no artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, nos artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais).

<sup>55</sup> Cfr. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige AB e Secretary of State for the Home Department*, de 6 de outubro de 2020, *Privacy International*, de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net e Outros* (que, no entanto, admite a conservação generalizada e indiferenciada dos endereços IP atribuídos à fonte de uma ligação por um período temporalmente limitado ao estritamente necessário e dos dados relativos à identidade civil dos utilizadores de meios de comunicações eletrónicos, o que continua a ser manifestamente insuficiente), de 2 de março de 2021, *Prokuratuur*, e de 5 de abril de 2022, *G.D.* (que decidiu, ainda, que o Direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um órgão jurisdicional nacional limite no tempo os efeitos de uma declaração de invalidade que lhe incumbe, por força do direito nacional, relativamente a uma legislação nacional que impõe aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas uma conservação generalizada e indiferenciada dos dados de tráfego e dos dados de localização, em razão da incompatibilidade dessa legislação com o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, conforme alterada pela Diretiva 2009/136, lido à luz da Carta dos Direitos Fundamentais, bem como que a admissibilidade dos meios de prova obtidos através dessa conservação cabe, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, ao Direito nacional, sob reserva do respeito, nomeadamente, dos princípios da equivalência e da efetividade).

E, a nosso ver, as normas que permitem obter os metadados conservados para o processo são o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais), continuando a ser possível lançar mão do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 109/2009 no que tange à preservação expedita dos dados. E, desta forma, obtendo-se uma concordância prática adequada entre os direitos fundamentais em colisão, obsta-se aos efeitos nefastos que a impossibilidade de acesso, obtenção e valoração de metadados para fins de investigação criminal poderia ter nos processos em curso e, sobretudo, nas condenações transitadas em julgado que referimos supra.

E, como referimos, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável.

## **VI CONCLUSÕES**

- a) A Lei n.º 32/2008, de 17 de junho transpôs para a nossa ordem jurídica a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados);
- b) a conservação e a transmissão dos metadados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, sendo obrigatória a separação dos ficheiros destinados à conservação de dados de quaisquer outros ficheiros para outros fins e não podendo o titular dos dados opor-se à respetiva conservação e transmissão;
- c) por força dos artigos 4.º a 6.º da Lei n.º 32/2008, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estavam obrigados a, durante o período de um ano, conservar (1) os dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação, (2) os dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação, (3) os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de

uma comunicação, (4) os dados necessários para identificar o tipo de comunicação, (5) os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento e (6) os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel, incluindo os dados telefónicos e da Internet relativos a chamadas telefónicas falhadas quando gerados, tratados e/ou armazenados por esses mesmos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, mas não os dados relativos a chamadas não estabelecidas;

- d) à exceção dos dados relativos ao nome e endereço dos assinantes, os demais metadados tinham de permanecer bloqueados (*i. e.*, encriptados) desde o início da sua conservação e, nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, só podiam ser desbloqueados (*i. e.*, descriptados) para efeitos de transmissão às autoridades competentes, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), são as autoridades judiciárias (Juiz, JIC e MP) e as autoridades de polícia criminal, desde que se tratasse de metadados relativos ao arguido, ao suspeito, a pessoa relativamente à qual houvesse fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou de arguido ou à vítima de crime (neste último caso, mediante o respetivo consentimento);
- e) o Juiz só poderia autorizar o acesso aos metadados se houvesse razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, deteção e repressão de crimes graves, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), são os crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou de títulos equiparados a moeda, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima, devendo a decisão judicial respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à proteção do segredo profissional.
- f) a transmissão dos dados processava-se mediante comunicação eletrónica, nos termos das condições técnicas e de segurança fixadas

na Portaria n.º 469/2009, que deviam observar um grau de codificação e proteção o mais elevado possível, de acordo com o estado da técnica ao momento da transmissão, incluindo métodos de codificação, encriptação ou outros adequados;

- g) só os trabalhadores dos operadores de comunicações eletrónicas que estivessem especialmente autorizados para tal é que poderiam aceder aos metadados para os transmitir às autoridades, devendo cada operador manter junto da CNPD um registo eletrónico permanentemente atualizado desses trabalhadores;
- h) o incumprimento de qualquer das regras relativas à proteção e à segurança dos metadados (incluindo a sua não encriptação) e o acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada constituem crime e o não envio à CNPD dos dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas constitui uma contraordenação;
- i) o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 fora já tacitamente revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro;
- j) na sequência de o TJUE, em 2014, ter declarado a Diretiva 2006/24/CE inválida e apesar das garantias previstas na Lei n.º 32/2008 (que não padecia dos vícios que haviam levado o TJUE a declarar a invalidade da Diretiva), o TC, embora com um voto de vencido, veio agora declarar inconstitucionais, com força obrigatória geral, a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP, e a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP;
- k) além de diversos outros aspetos em que o entendimento maioritário dos Juízes do TC é passível da censura que formulámos supra, tal entendimento padece, ele próprio, de inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 35.º, n.º 3, da CRP e por violação do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de insuficiência ao – em face da absoluta necessidade da conservação e da utilização dos metadados para responder a muita da criminalidade da atualidade – conduzir a uma proteção manifestamente insuficiente dos direitos

fundamentais em que se concretizam os bens jurídicos protegidos pelos crimes para cuja investigação a lei previa a utilização dos metadados conservados (por exemplo, os crimes de homicídio doloso, ofensa à integridade física grave, mutilação genital feminina, ofensa à integridade física agravada pelo resultado, violência doméstica, violação, coação sexual, abuso sexual de menores, roubo, extorsão, associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, organizações terroristas, terrorismo, financiamento do terrorismo, rapto, sequestro agravado, tomada de reféns, escravidão, tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, crimes contra a segurança do Estado, etc.);

- l) a declaração da inconstitucionalidade das referidas normas irá dificultar de sobremaneira a resposta à criminalidade grave (*maxime* a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira, a criminalidade violenta, a criminalidade sexual e o cibercrime) ao impedir – caso não seja possível encontrar no Direito vigente uma via alternativa – a conservação preventiva dos metadados e o acesso aos mesmos ou a valoração das provas já obtidas no âmbito dos processos em curso e, no caso de condenações transitadas em julgado, poderá abrir a porta a insustentáveis situações de impunidade por via da absolvição de criminosos (inclusivamente os que cometeram crimes graves como, por exemplo, homicídios) que haviam sido condenados por sentença transitada em julgado no caso de o recurso de revisão interposto ser julgado procedente e de os factos criminosos não poderem ser dados como provados sem a valoração dos metadados;
- m) a lei vigente permite evitar as consequências nefastas referidas nas duas conclusões anteriores, dado que o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais) permitem obter dados de base, bem como os dados de tráfego e/ou de localização que tenham sido conservados pelos operadores de comunicações eletrónicas ao abrigo dos artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei n.º 41/2004, ainda que essa conservação se destinasse à cobrança dos serviços prestados aos clientes;
- n) todavia, a solução que propomos é uma solução provisória e exige uma intervenção legislativa tão rápida quanto possível.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Sentença de 24 de janeiro de 2001. In: **Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen**, Colónia e Berlim, Ed. Carl Heymanns, v. 46, p. 266 e ss., 2002.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Sentença de 27 de junho de 2018 (2 BvR 1405/17; 2 BvR 1780/17). Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Consultado em: 14 jul. 2020.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASES de metadados das operadoras sem fiscalização há cinco anos. In: Diário de Notícias, de 15 maio 2022. Disponível em: <[https://www.dn.pt/sociedade/bases-de-metadados-das-operadoras-sem-fiscalizacao-ha-cinco-anos14856834.html?fbclid=IwAR3MgNQHx4HpnD3KBAJiwqF1n9uLi233yFO8oAkJAR\\_E1XBc5qCEwCB6UC0](https://www.dn.pt/sociedade/bases-de-metadados-das-operadoras-sem-fiscalizacao-ha-cinco-anos14856834.html?fbclid=IwAR3MgNQHx4HpnD3KBAJiwqF1n9uLi233yFO8oAkJAR_E1XBc5qCEwCB6UC0)>. Consultado em: 16 maio 2022.

CABREIRO, Carlos. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <[www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf](http://www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf)>. Consultado em: 2 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Deliberação n.º 641/2017. Disponível em: <[www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt)>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Deliberação n.º 1008/2017. Disponível em: <[www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt)>.

COUTINHO, Francisco Pereira. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <[www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf](http://www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf)>. Consultado em: 2 dez. 2014.

CORREIA, João Conde. Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 139, p. 29 e ss., 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. t. I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal, o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n.º 6307/2009. Disponível em: <www.poderjudicial.es>.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. Sentença United States v. Jones. Disponível em: <http://supreme.justia.com>. Consultado em: 05 mar. 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Court for the District of Vermont. Sentença United States v. Hunter, 13 F. Supp. 2d 574 (1998). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/13/574/2311683/>. Consultado em: 14 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals. Sentença National City Trading Corp. v. United States, 635 F.2d 1020 (2<sup>nd</sup> Circuit, 1980). Disponível em: <https://casetext.com/case/national-city-trading-corp-v-united-states-2>. Consultado em: 14 jul. 2020.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf>. Consultado em: 2 dez. 2014.

HAIN, Karl-Eberhard. Der gesetzgeber in der klemme zwischen übermass - und untermassverbot. In: **Deutsches Verwaltungsblatt**, Colónia, Berlim, Bona, Munique, Ed. Carl Heymanns, ano 108, fascículo 18, p. 982 e ss., 1993.

ISENSEE, Josef. **Das grundrecht auf sicherheit, zu den schutzpflichten des freiheitlichen verfassungsstaates**. Berlim e Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1983.

ISENSEE, Josef. § 111: das grundrecht als abwehrrecht und als staatliche schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). **Handbuch des staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland: allgemeine grundrechtslehren**. v. V. 2. ed. Heidelberg: Müller Juristischer, 2000. p. 143 e ss.

MARTINS, A. G. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. v. II. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2017. p. 491 e ss.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MILHEIRO, Tiago Caiado. Artigo 189.º. In: **Comentário judiciário do código de processo penal**: artigos 124º a 190º. t. II. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito penal**: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime. t. I. Coimbra: Gestlegal, 2021b.

NUNES, Duarte Rodrigues. Da admissibilidade da obtenção de dados de localização celular ou de dados de tráfego de todos os telemóveis/cartões que acionaram um determinado conjunto de antenas/células de telecomunicações no lapso de tempo em que o crime sob investigação terá sido praticado, para posterior identificação dos seus autores. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 157, p. 125 e ss., 2019b.

NUNES, Duarte Rodrigues. **O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada**. Coimbra: Gestlegal, 2019a.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime**. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2021a.

PIETRZAK, Alexandra. Die schutzpflicht im verfassungsrechtlichen kontext: überblick und neue aspekte. In: **Juristische Schulung**, Munique e Frankfurt, Ed. Verlag Beck, p. 748 e ss., 1994.

PINHO, Carlos. Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar? In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 154, p. 167 e ss., 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de março de 2010 (Processo 886/07.8PSLSB.L1.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 29 de abril de 2010 (Processo 128/05.0JDLSB-A.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 213/2008. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 268/2022. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 382/2022. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.



PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 420/2017. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 486/2009. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 15 de novembro de 2006 (Processo 915/06.2TAAVR-A.C1) . Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 17 de maio de 2006 (Processo 1265/06). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 26 de fevereiro de 2014 (Processo 559/12.0GBOBR-A.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 6 de janeiro de 2015 (Processo 6793/11.6TDLSB-A.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 26 de junho de 2007 (Processo 843/07-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 22 de fevereiro de 2022 (Processo 188/21.7GAVNO.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 10 de janeiro de 2005 (Processo 2013/04-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 21 de novembro de 2005 (Processo 1987/05-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 22 de janeiro de 2013 (Processo 581/12.6PLSNT-A.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 24 de janeiro de 2012 (Processo 35/07.2PJAMD.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 28 de novembro de 2018 (Processo 8617/17.8T9LSB-A.L1-3). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

RAMALHO, David Silva; COIMBRA, José Duarte. A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves. In: **O Direito**, Lisboa, Ed. Almedina, ano 147.º, p. 997 e ss., 2015.

RAMOS, Armando Dias. A prova digital na investigação do (ciber)terrorismo. In: **Investigação Criminal**, Lisboa, ASFIC, n.º 9, p. 111 e ss., 2015.

RAMOS, Armando Dias. **O agente encoberto digital**. Coimbra: Almedina, 2022.

SILVEIRA, Alessandra; FREITAS, Pedro Miguel. Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos estados-membros da UE: uma leitura jusfundamental. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, Ed. UnB, v. 9, n.º 1, p. 47 e ss., 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 2 de março de 2021, Prokuratuur, Processo C-746/18. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 5 de abril de 2022, G.D., Processo C-140/20. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 6 de outubro de 2020, La Quadrature du Net e Outros, Processos C-511/18, C-512/18 e C-520/18. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 6 de outubro de 2020, Privacy International, Processo C-623/17. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Tele2 Sverige AB e Secretary of State for the Home Department, Processos C-203/15 e C-698/15. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e Outros e Kärntner Landesregierung e Outros (de 8 de abril de 2014, Processos C-293/12 e C-594/12). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Al-Skeini e Outros c. Reino Unido (de 7 de julho de 2011). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Angelova e Iliev c. Bulgária (de 26 de julho de 2007). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Armani da Silva c. Reino Unido (30 de março de 2016). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Hugh Jordan c. Reino Unido (de 4 de maio de 2001). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Jaloud c. Países Baixos (de 20 de novembro de 2014). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kaya e Outros c. Turquia (de 24 de outubro de 2006). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Khadija Ismayilova c. Azerbaijão (10 de janeiro de 2019). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kolevi c. Bulgária (de 5 de novembro de 2009). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão K.U. c. Finlândia (de 2 de dezembro de 2008). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão McCann e Outros c. Reino Unido (de 27 de setembro de 1995). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Mahmut Kaya c. Turquia (de 28 de março de 2000). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turquia (de 14 de abril de 2015). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Nachova e Outros c. Bulgária (de 6 de julho de 2005). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Opuz c. Turquia (de 9 de junho de 2009). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido (de 14 de março de 2002). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Ramsahai e Outros c. Países Baixos (de 15 de maio de 2007). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Vasilka c. Moldávia (de 11 de fevereiro de 2014). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Volodina c. Rússia (n.º 2) (de 14 de setembro de 2021). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

UNRUH, Peter. Zur dogmatik der grundrechtlichen schutzpflichten. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

Submissão em: 14 de setembro de 2022

Último Parecer favorável em: 29 de outubro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

NUNES, Duarte Rodrigues. Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 65-107, set.-dez. 2022.

## EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ<sup>1</sup>

### RESUMEN

Se aborda al principio del debido proceso y su aplicación al Derecho Administrativo, tanto en los procedimientos como en los procesos, efectuando un análisis normativo y jurisprudencial, especialmente en Argentina, tanto por los tribunales domésticos como los organismos interamericanos. Se toman en cuenta las normas legales vigentes a nivel nacional argentina y de la provincia de Corrientes, pero comparando con otros regímenes, discutiendo asimismo en sus manifestaciones en el plano disciplinario y respecto a las medidas adoptadas en la pandemia.

**Palabras claves:** Proporcionalidad, tutela administrativa efectiva, participación, imparcialidad.

### ABSTRACT

It deals with the principle of due process and its application to Administrative Law, both in procedures and processes, carrying out a normative and jurisprudential analysis, especially in Argentina, both by domestic courts and inter-American organizations. The legal regulations in force at the Argentine national level and in the province of Corrientes are taken into account, but compared with other

---

<sup>1</sup> El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. *e-mail:* lereyvazquez@yahoo.com.ar

regimes, also discussing their manifestations at the disciplinary level and in relation to the measures adopted in the pandemic.

**Keywords:** Proportionality, effective administrative protection, participation, impartiality.

## I PRELIMINAR

En el presente abordaré al principio del debido proceso y su aplicación al Derecho Administrativo, tanto en los procedimientos como en los procesos, efectuando un análisis normativo y jurisprudencial, especialmente en Argentina, tanto por los tribunales domésticos como los organismos interamericanos.

Para tal cometido, efectuaré una revisión del estado actual de la regulación de los principios del procedimiento administrativo, tomando como base especialmente la legislación nacional y la de la Provincia de Corrientes<sup>2</sup>, dando cuenta de los en ellas plasmados, para luego visualizar la tendencia en legislaciones más modernas, tanto en la Argentina<sup>3</sup> como en el derecho comparado<sup>4</sup>, vaticinando las perspectivas hacia donde se dirige la regulación de la temática, indicativa del rumbo fijado<sup>5</sup>.

Me centraré luego en la recepción jurisprudencial del principio del debido proceso, o también denominado “tutela administrativa efectiva”, focalizando igualmente su gravitación en los procedimientos de carácter sancionatorios o disciplinarios, así como con relación a las restricciones impuestas con motivo de la Pandemia Covid-19.

---

<sup>2</sup> Ley 3.460, sanc. 22-11-1978; promul. 22-11-1978; publ. 30-01-1979.

<sup>3</sup> Ley 9.003 de la Provincia de Mendoza (B.O. 19-09-2017).

<sup>4</sup> Ley 39/2015 de España, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (B.O.E. 2-10-2015).

Ver asimismo, la obra de Brewer Carías (200)3.

<sup>5</sup> Sobre el tópico, se ha dicho recientemente que constituye una función básica de los principios de “servir” a que el procedimiento administrativo debe facilitar, simplificar tanto como coordinar, estructurar y acelerar la realización del derecho material (PIELOW, 2018, p. 25-47, en especial p. 37).

## II EL PRINCIPIO DE REFERENCIA EN LA LEY NACIONAL 19.549 Y EN LA LEY 3.460 DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

### II.1 Ley 19.549

En el Título I, luego de especificar el ámbito de aplicación (Art. 1.º), a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, expresa que se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos:

[...] Debido proceso adjetivo.

f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

Derecho a ser oído.

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

Derecho a ofrecer y producir pruebas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

Derecho a una decisión fundada.

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso [...]

## II.2 Ley 3.460

Luego de expresar en su Título I, el “Ámbito de Aplicación”<sup>6</sup>, expone en Título II: “De las Fuentes”, Sección I, “Principios de Aplicación General”, lo siguiente:

Art. 4. Los siguientes principios serán de aplicación a toda actividad sujeta a la regulación de esta ley: [...]

g) Debido proceso formal y material: Cuando la tramitación y consecuente resolución puedan afectar derechos subjetivos o legítimos de particulares, el cual deberá ser proporcionado a los derechos que puedan resultar afectados, de conformidad a las normas contenidas en el art. 98<sup>7</sup>;

---

<sup>6</sup> Art. 1. Esta ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquellas que tenga un régimen establecido por ley especial, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria.

Art. 2. Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior, a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, en ambos casos, que lo impida la naturaleza del ente o de su actividad.

<sup>7</sup> Como manifestaciones derivadas de dicho principio, se expresa en el Art. 98. “*Cuando el acto pudiese involucrar derechos subjetivos o legítimos de los particulares, ellos tendrán derecho al debido proceso adjetivo que comprende:*

a) *El derecho a ser oídos y de exponer las razones de sus pretensiones o defensas, antes de la emisión del acto que se refiera a sus derechos subjetivos o legítimos;*

b) *Hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma permita que en sede administrativa se ejerza la representación por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en el caso en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas;*

c) *Derecho a ofrecer y producir pruebas, cuando ellas fueren pertinentes, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, todo con el contralor de los interesados o sus representantes profesionales, quienes podrán presentar los alegatos y descargos, una vez concluidos los procedimientos probatorios. Todo en la forma determinada en esta ley.*

d) *Derecho de acceso al expediente en la forma determinada por la presente ley y en especial, a que bajo la responsabilidad de abogado matriculado, le sea prestado el expediente con excepción de las piezas que puedan considerarse esenciales y sean irreproducibles, de las que se le entregará copia en el caso y con las finalidades en que el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial prevé el préstamo de los expedientes judiciales. La Administración podrá obviar el préstamo del expediente original, entregando una copia certificada por funcionario competente. En todo caso en que el particular deba contestar vistas, traslados, requerimientos o trámites similares, o tenga derecho a plantear recursos, a su costa, se le podrá otorgar copia de las piezas que indique. El pedido de copia suspenderá automáticamente los plazos hasta que ellas sean puestas a disposición del interesado peticionante.*

e) *Derecho a una decisión fundada y que el acto de decisión haga expresa consideración en los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes para la decisión del caso;*

f) *Derecho a la suspensión automática de los plazos cuando, solicitada vista del expediente, no sea otorgada dentro del plazo de 48 horas o cuando no se entregue en préstamo el mismo en el caso mencionado en el inc. d);*

g) *A que se hagan las notificaciones en la forma determinada en esta ley;*

h) *A interponer los recursos previstos por la ley”.*



Asimismo, en su Sección VI, “Duda”, consagra el principio *in dubio pro actione*, en los siguientes términos: Art. 19. En caso de duda en cuanto al cómputo de plazos, se estará en favor de lo que resulte más favorable a la resolución de que los escritos fueron presentados en término.

### III ASPECTOS COMUNES A AMBAS NORMAS

En la ley correntina, encontramos el Principio de Legalidad o también denominado “Juridicidad”<sup>8</sup> en su vertiente de vinculación positiva<sup>9</sup>, no obstante, reconociendo la existencia de competencias implícitas, siguiendo aquí lo sostenido oportunamente por Linares (1971a), y compartido por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN)<sup>10</sup>.

Por su parte, ha sostenido la CSJN que:

En el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> En tal sentido, sostiene Comadira (2003, también 1999), que “[...] Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho —aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales —que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema— a la ley formal, a los reglamentos —en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos— a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos [...]”.

<sup>9</sup> La Administración Pública se encuentra sometida positivamente al ordenamiento jurídico (CSJN, 26-10-1993, “Serra, Fernando Horacio y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454).

<sup>10</sup> “En materia de competencia de los órganos y entes administrativos se ha abandonado la tesis denominada de la ‘permisión expresa’ —el órgano se encuentra facultado a realizar aquello que le ha sido autorizado—, prefiriendo ya sea la ‘permisión amplia’, en virtud de la cual el órgano se encuentra facultado para emitir aquellos actos que no le estén expresamente prohibidos, sea aquélla que asemeja la competencia a la capacidad de las personas jurídicas a través del denominado ‘principio de la especialidad’.” (Conf. PTN, Dictámenes 230:104; 234:645; 239:737; entre muchos otros).

<sup>11</sup> Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—, causa “Althabe, Sofía y otros c/Iuna - resol. 758/99 y 64/2000”, 11-07-2007, Fallos 330:2992.

Y en un clásico precedente, sostuvo el Alto Tribunal que:

Es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos, de allí que se afirma que la administración debe ser legal; si su actividad es ilegal debe rectificarse, y en primer término por la propia Administración pública, y a falta de ella por el órgano jurisdiccional competente. El administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración pública<sup>12</sup>.

Un correlato de dicho principio de juridicidad, es que la Administración no puede declarar inconstitucional una ley<sup>13</sup>, aun cuando en su día se postulara la posibilidad de inaplicarla<sup>14</sup>, y que incluso se ha sostenido que la Administración ejerza el control de convencionalidad (CARNOTA, 2013)<sup>15</sup>.

En ambas normas encontramos también el denominado Principio de Oficialidad, con sus manifestaciones, los principios de impulsión de oficio, instrucción de oficio y verdad material, también denominada por la jurisprudencia como “verdad jurídica objetiva”, expresando en tal sentido que “Tampoco en el ámbito administrativo es dable conducir los procesos en términos puramente sacramentales, con desmedro de la verdad jurídica objetiva”<sup>16</sup>, aunque matizado con la referencia a que “en las formas se realizan las esencias”<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> CSJN, 19-11-1992, “Naveiro de la Serna de López, Helena María c. Bauhoffer, Martha Beatriz s/recurso de hecho”, *Fallos* 315:2771.

<sup>13</sup> La Administración no podría declarar la inconstitucionalidad de una ley pues esa facultad se encuentra exclusivamente reservada a los jueces en su función jurisdiccional, de conformidad a la doctrina del máximo Tribunal del país (CSJN 242:112, 301:708 y 317:330, entre otros).

<sup>14</sup> Sostuvo el Alto Organismo Asesor, recordando la doctrina sentada por el Prof. Marienhoff cuando fuera Procurador del Tesoro en Dictámenes 84:102 (1963), que: “Corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional”. Dict. n.º 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. n.º 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

<sup>15</sup> Señala dicho autor que: “[...] El criterio aquí empleado, como el de sus antecedentes, hunde sus raíces en la tesis asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘in re’ ‘Gelman c. Uruguay’, del 24 de febrero de 2011, en cuanto postula que el control de convencionalidad debe ser practicado ‘por toda autoridad pública’ y no tan sólo por los jueces. Se extrapola las previsiones de las garantías judiciales y se les traslada al procedimiento administrativo [...]”.

<sup>16</sup> CSJN, 27-12-1988, “Resguardo Cia. de Seguros S.A. s/ observaciones al balance del 30/6/85 por la Superintendencia de Seguros de la Nación”. *Fallos* 311:2821.

<sup>17</sup> CSJN, 7-07-2015, “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato”, *Fallos*: 338:552; CSJN, 27-12-2006, “Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. y otro S/Ordinario”, *Fallos*: 329:5903; CSJN, 10-10-2000, “Andretta, Carlos Alberto c/ Ferrocarriles Metropolitanos Sociedad Anónima”, *Fallos*: 323:2848.

Resultan comunes también los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en sus trámites, siendo un derivado de la sencillez, el principio de gratuidad, por cuya aplicación se ha sostenido oportunamente que resultaba inadmisibles la inclusión, en los pliegos de bases y condiciones de las denominadas “garantías de impugnación”.

Al respecto, sostuvo la PTN que:

Resulta inviable, con fundamento en la normativa vigente, la inclusión en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares de una cláusula que establece como condición para la procedencia de la impugnación a la preadjudicación, el depósito de una garantía y, de un único supuesto de su devolución para el caso de hacerse lugar a aquélla. La aceptación de una cláusula como la proyectada afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo, que se diferencia del oneroso del proceso judicial, en el cual los litigantes deben integrar una tasa de justicia para obtener el acceso a los estrados judiciales, salvo supuesto de pobreza demostrada a través del beneficio de litigar sin gastos<sup>18</sup>.

Coinciden ambas normas también en la regulación del principio del informalismo a favor del administrado, entendido como excusación de formalidades no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente, en el plazo en que la Administración señale al efecto<sup>19</sup>, o bien, conforme a la denominada teoría de la calificación jurídica (consagrada por el artículo 81 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto n.º 1759/72 t.o. 1991), debe entenderse que los actos tienen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuyen las partes (conf. Dict. 239:418; 251:224; 253:451; 258:1)<sup>20</sup>.

Al respecto se ha sostenido que

[...] El procedimiento es informal sólo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecino: son ellos únicamente quienes

<sup>18</sup> PTN, Dict. n.º 117/06, 3 de mayo de 2006. Nota n.º 3415/05. Armada Argentina. (Dictámenes 257:151).

Ver comentario de Tawil (2007, p. 446).

<sup>19</sup> “En el inciso c) del art. 1.º de la ley 19.549 quedó plasmado el llamado principio del formalismo moderado en favor del particular, que implica la excusación de la inobservancia por los interesados de las exigencias formales no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente. A ello se suma el deber de la Administración no sólo de requerir sino también de producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva (art. 1.º, inc. f, ap. 2, de la ley 19.549)”. Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi. 38.792/95 “Villa Real S.A. c/D.G.I.”. 16/11/00. C.Nac.Cont.Adm.Fed. SALA IV.

<sup>20</sup> PTN, Dict. n.º 62/07, 12 de marzo de 2007. Expte. n.º 15.637/03. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 260:294).

pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio. Tampoco lo pueden invocar los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado, en cuanto se refiere a las normas de control que rigen su actividad. (Tratado de Derecho Administrativo. la defensa del usuario y del administrado, Agustín Gordillo, Tomo 2, página IX-34). (Cons. V)<sup>21</sup>.

El procedimiento administrativo exige superar los meros formalismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por los particulares, si con ello se les niega el acceso a los derechos que por ley les corresponde, aunque éstos, por omisión o ignorancia inculpable, no los invoquen en forma expresa o clara (cfr. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación: 203:47, n.º 214/92). (Consid. 5.º)<sup>22</sup>.

Respecto al principio del debido proceso adjetivo, también presentes en ambas normas, constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 Constitución Nacional, o como garantía de innominada incluido en el art. 33 de la Carta magna, y que surgiera luego de la Revolución Francesa como garantía de los derechos del individuo frente al Estado, recibiendo amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos (LORENZO DE VEGA JAIME, 1996, p. 104 y sgtes.).

Como derivación surge la prohibición de incurrir en un injustificado rigor formal, el que se ha considerado que atenta contra la garantía del debido proceso, contrario al principio “*in dubio pro actione*”<sup>23</sup>

Tempranamente, sostuvo la CSJN, enarbolando siquiera de manera implícita el rol predicado del administrado –de colaborador<sup>24</sup> en la elaboración

<sup>21</sup> Gallegos Fedriani, Otero, Grecco. 14.683/01 “Hidrocarburos Neuquén S.A. c/ Resolución 2292/01 ENARGAS (Expte. 7086/01)”. 3/05/04. C.Nac.Cont.Adm.Fed. Sala V.

<sup>22</sup> Buján, Licht, Coviello. 34.998/99 “Lopez Juan José c/Ministerio del Interior –Art. 3.º Ley 24.043”. 11/07/00. C.Nac.Cont.Adm.Fed. Sala I.

<sup>23</sup> CSJN, 04-11-1003, “Colegio Bioquímico del Chaco c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contenciosoadministrativa”, Fallos 316:2477; y en fecha más reciente, CSJN, 11-02-2014, “Biosystems S.A. c. EN –M. Salud– Hospital Posadas s/ contrato administrativo”. Ver no obstante la particular interpretación que el juez Rosatti ha efectuado del silencio administrativo, en la redacción de los arts. 30 a 32 de la Ley 19549, texto según Ley 25.344, en su voto en la causa FGR 569/2014/CA1, “Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos y otros Servicios Públicos y Comunitarios de Cen. c/ Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato, 20-02-2018, para quien no es posible superar la inconstitucionalidad de la norma con la interpretación propuesta en Biosystems”.

<sup>24</sup> Así en la causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado” del 18-07-2002 (Fallos 325:1787), Considerando 10.º in fine, sostuvo la CSJN que: “[...] Como contrapartida, el contratista debe

de la decisión administrativa, que aun cuando no fuese exigible el procedimiento de reclamo administrativo previo, la circunstancia que el particular escogiese intentar una solución en sede administrativa no podía desmejorar su situación procesal de cara al proceso judicial posterior (en caso de no hallarla en aquél).

Expresó el Alto Tribunal que:

La circunstancia de haber intentado el actor la satisfacción de su reclamo en sede administrativa, aunque no estaba obligado a hacerlo para habilitar la instancia judicial, no puede, de ninguna manera, desmejorar su situación procesal ni coartarle su acceso a la jurisdicción<sup>25</sup>.

Tal temperamento es consecuente con la garantía de tutela administrativa –y judicial– efectiva, conforme fuera reconocida por la Corte Suprema al expresar que

[...] la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada [...] <sup>26</sup>.

Es decir, jamás podría gravitar negativamente el hecho de que el particular hubiese apostado al procedimiento administrativo para intentar una solución de su pretensión en sede administrativa<sup>27</sup> (aun cuando culmine no hallándola y debiendo acudir a la justicia).

---

*comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público [...]*”.

En la doctrina, puede citarse el artículo de Tawil (1985-E, p. 952).

Asimismo, me he ocupado del tópico en el trabajo (2016, p. 353-366).

<sup>25</sup> CSJN, 30-03-1989, “Elverdin, Jorge Julio v. UNLP. s/ ordinario”, *Fallos* 312:417.

<sup>26</sup> CSJN, 14-10-2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 327:4185.

<sup>27</sup> En punto a la exigencia del reclamo administrativo previo, se ha señalado que su finalidad es la de “[...] producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dando a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado” (CSJN, 13-07-1991, “Gasparri y Cía. S.A.”, *Fallos* 314:725, consid. 7.º; criterio reiterado en CSJN, 04-08-2009, “E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos”. *Fallos* 332:1629).

La cuestión se ha reeditado recientemente en ocasión donde el Máximo Tribunal Nacional se pronunció robusteciendo el principio “*in dubio pro actione*”<sup>28</sup>, al dejar sin efecto una sentencia de la SCJ de Mendoza que admitió la excepción de caducidad de la acción tendiente a que se declare la nulidad del decreto provincial que dispuso la caducidad de la concesión del servicio público de transporte de pasajeros de media y larga distancia por presuntas infracciones.

En efecto, la sentencia revocada había rechazado la demanda con fundamento en que *el recurso de revocatoria interpuesto por la actora contra el acto impugnado resultaba innecesario* y que debió cuestionarlo en sede judicial dentro del plazo de caducidad de treinta días del art. 20, Ley 3918 de Mendoza.

El caso se asemeja al anterior, pues en ambos casos, se descalificó la interpretación que partió de la premisa que al no ser necesario el reclamo o el recurso (lo que en todo caso hubiese habilitado al particular a acudir directamente al proceso judicial), resultaban estériles las presentaciones efectuadas en sede administrativa, dentro de los plazos, tendientes a obtener una solución en esta última sede, brindando asimismo la oportunidad de revisar su accionar al órgano estatal.

La Corte Nacional sostuvo que no asignarle gravitación al recurso administrativo interpuesto, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una exégesis de las reglas aplicables contraria a las garantías de debido proceso y al principio *in dubio pro actione* rector en la materia que vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional)<sup>29</sup>.

Resulta destacable cuando a partir de la no exigibilidad en el caso del recurso de revocatoria, sostiene que

[...] De ello no es posible deducir que en la hipótesis contraria –con participación del interesado en el expediente administrativo, como ocurriría en el sub lite a criterio del tribunal– se encuentre cercenado el derecho a interponer el recurso previsto por los arts. 177 y 178, pues dicha postura no

<sup>28</sup> CSJN, 18-10-2016, “Transportes Uspallata S.R. L. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza si acción procesal administrativa”, *Fallos* 339:1483, remitiéndose al Dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti.

<sup>29</sup> Calificó de desprolija la conducta de la Administración por irregularidades en las notificaciones, al igual que al no haberse cerciorado respecto de la personería del supuesto representante de la empresa. También le enrostró haber incurrido en una interpretación del art. 178, Ley 3909 de Mendoza que restringe claramente el acceso a la jurisdicción y no se compadece con su texto expreso, el cual se limita a establecer que si el recurso es deducido por quien resulta afectado a raíz de un procedimiento en el que no intervino o contra una declaración dictada de oficio, el interesado puede ofrecer prueba y añade que, en estos supuestos, si la declaración impugnada emana del gobernador la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria es definitiva y causa estado.

permite la revisión del acto por parte de la máxima autoridad ni favorece la continuidad de la acción.

Es que la solución contraria supone una suerte de subestimación del procedimiento administrativo como carril idóneo para hallar una respuesta a los conflictos del Estado con los particulares.

Atenta contra dicho principio aparte merece la denominada “teoría de la subsanación”<sup>30</sup>, a la cual la CSJN la ha sostenido en diversas oportunidades, y que se traduce en la siguiente fórmula: “Los defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido”<sup>31</sup>.

También ha sido una manifestación del debido proceso, la garantía de plazo razonable, conforme lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer”<sup>32</sup>.

Por su parte, la ley correntina consagra los principios de moralidad, respeto y decoro, y el de publicidad y el de presunción de libertad.

Respecto del principio de moralidad, cabe señalar que ha sido reconocido en un Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n.º 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, resuelto en fecha 21-05-2001<sup>33</sup>, en los siguientes términos:

[...] Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza,

<sup>30</sup> Para un estudio en profundidad del tema, puede verse el señero trabajo de Linares (1971b).

<sup>31</sup> CSJN, *in re*: “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, del 01/06/1982. *Fallos* 304:769; sostenida en CSJN, 16-12-2008, F. 1762. XXXVIII. “Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la resolución 604/99 (DVRRE)”, *Fallos* 331:2769.

Dicha doctrina ha sido fuertemente criticada en su día por el Profesor Julio Rodolfo Comadira, pues “[...] al permitir la subsanación en sede judicial de la indefensión producida en sede administrativa y amparar, con ese temperamento, igual criterio subsanatorio en las diversas instancias administrativas, transforma un vicio de base constitucional y legal determinante de la nulidad absoluta del acto, en una simple causal de nulidad relativa”. Señala además que “no se trata de postular la nulidad por la nulidad misma, sino de asignar al derecho al debido proceso adjetivo su verdadera significación, de modo que la Administración Pública encuentre en el respeto de éste un requisito procesal insoslayable de su actuación” (2001, p. 596).

<sup>32</sup> CSJN, 26-06-2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, *Fallos*: 335:1126.

<sup>33</sup> <[http://www.mercosur.org.uy/t\\_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6)>. Consultado el 12-08-2009.

siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos<sup>34</sup>.

Asimismo, respecto del principio de publicidad, muy utilizado en materia de contrataciones públicas, merece rememorarse un fallo de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en voto del Juez Coviello<sup>35</sup>, cuando expresara que: *“La publicidad de los actos de gobierno es una exigencia derivada de la forma representativa, republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional”,* y que *“[...] como principio rector de la licitación pública, implica el derecho de los oferentes a conocer las ofertas de los otros para poder impugnar con fundamentos la preadjudicación, pero no el de inmiscuirse en el procedimiento de evaluación de las ofertas, pues éste es un trámite interno de la Administración”* Ha añadido también que

El acceso de los oferentes, en una licitación pública, al expediente administrativo favorece la observancia de la legalidad y transparencia del procedimiento mediante el control que, como colaboradores del buen funcionamiento de la Administración, aquéllos asumen. Ello así, siempre que no se trate de aspectos que necesariamente deban permanecer reservados o secretos [...].

Asimismo, constituye junto al principio de transparencia, uno de los principios consagrados por la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley n.º 24.759, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –mediante Ley 26.097–, así como en las leyes de ética pública nacional y de las provincias.

#### **IV DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

El instituto ha sido aplicado en numerosas ocasiones, especialmente al tratar el instituto de la caducidad del acto administrativo, donde por una interpretación armónica de las normas que regulan dicha figura en el orden nacional (art. 21, Ley 19.549), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha

<sup>34</sup> Sin haberlo citado expresamente, reproduce aquí la opinión de Melo (2006, p. 84).

<sup>35</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala I, 06/11/1998, “Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c. Ministerio de Defensa”, *La Ley* 1999-B, 517 - *La Ley* 2000-C, 113, con nota de Laura M. Monti



derivado la necesidad de practicar la intimación previa<sup>36</sup> para ello en el marco contractual administrativo, fulminando con nulidad absoluta su inobservancia, en una causa relativa a un endilgado incumplimiento de una obligación derivada de un contrato administrativo de empleo público.

Así, en el caso “Borgo”<sup>37</sup>, consideró

[...] descalificable el pronunciamiento que –para declarar la “anulabilidad” de una resolución administrativa– sostuvo que la gravedad de la sanción y el defecto relacionado con la falta de intimación y consecuente plazo para el cumplimiento de la obligación no eran graves, ya que la Administración había podido creer que no hacía falta el cumplimiento de dichos requisitos ante el hecho de que el actor, a pesar del tiempo transcurrido entre la reincorporación y caducidad dispuestas, no hubiera intentado tomar posesión del cargo. Ello es así, pues aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en que hubiera incurrido en asumir el cargo correspondiente, carecía de relevancia jurídica y no podría válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que presuponía el cumplimiento de aquella exigencia.

También dijo el Alto Tribunal que:

Si la caducidad decretada reconoce como fundamento una conducta reprochable del actor o sea que se sustenta en una apreciación de las circunstancias que, por virtud de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (art. 21), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público, la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), sin que corresponda discriminar con referencia a esta cuestión sobre el mayor o menor grado de discusión en la doctrina o en

<sup>36</sup> Señala al respecto Gordillo (2011, p. IX-11), en el Punto 4.2 “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima: *‘Este supuesto no surge de normas generales pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina, además de tener un sustento constitucional. El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe, sin trampas ni desviaciones. Es el principio del fair procedure, susceptible de muchas aplicaciones. Como dice WADE, tanto de la sustancia de la justicia reside en el fair procedure’*”. Agrega el autor que: “Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa, como forma negativa de dolo, o la prohibición de voltefases o contramarchas, es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria o el deber de protección de la confianza ajena. También aparece en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa y confiera un plazo razonable para su cumplimiento [...]”.

<sup>37</sup> CSJN, 13-02-1986, “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos”, Fallos 308:108.

la jurisprudencia, ya que la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto.

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que:

Dado que la resolución ME 122/00 constituyó una prórroga por 180 días de la medida de salvaguardia impuesta por la resolución MEyOSP 987/97, y que la misma ha sido adoptada sin que se cumpliera el procedimiento reglamentario previstos para un acto de prórroga en el decreto 1059/96 –por el cual se reglamentó la ley 24.425, ratificatoria del Acuerdo de Marrakesh–, cabe concluir que corresponde declarar la nulidad de la citada resolución 122/00<sup>38</sup>.

También la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, apoyándose en diversos fallos del Alto Tribunal, ha decidido que:

Por más que en el art. 96 del Estatuto para el Personal del Instituto para Servicios Sociales Bancarios, se contemple la posibilidad de que, en ciertos supuestos, se pueda dejar cesante a un agente sin necesidad de instruir un sumario, *no significa en modo alguno que no se deba dar al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con las apropiadas formalidades sustanciales, pues la ley 19.549 –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública, centralizada y descentralizada, entre ellos la ex entidad autárquica demandada– configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo. Cabe apuntar al respecto que la observancia del principio fundamental del derecho de defensa del administrado es esencial en todo trámite administrativo en que estén en juego derechos subjetivos y cuyo fundamento es el art. 18 de la Constitución Nacional, y más concretamente, los arts. 1.º, inc. f), apart. 1.º, y 7.º; inc. d) de la ley 19.549, LPA, que constituye, en tal sentido, un valor fundamental del ordenamiento en un Estado de Derecho (conf. esta sala in re “Cortés”, del 6/4/99).*

---

<sup>38</sup> Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo. CSJN, 21-05-2002. “Adidas Argentina y otros c. EN –M.º de Economía– resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986”, EDA, 01/02-226.

En tal orden de ideas, el propio dispositivo de la LPA –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada (conf. su art. 17), entre ellos, claro está a la entidad autárquica ISSB (art. 1.º, ley 19.322)– *configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo* (conf. COMADIRA, 1992, p. 82-83). Asimismo la aplicación del anterior RJB al ISSB (conf. esta sala in re “Sotelo”, del 24/2/98 y “Mercado” del 19/3/98, y también, sala III, in re “Zabala de Chambon” del 14/12/95), llevaba, por lógica consecuencia, a la aplicación de los principios garantísticos establecidos en ella y sus reglamentaciones, entre ellas el régimen de investigaciones. En este punto conviene recordar que *las formas en el Derecho Administrativo, cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto, justicia y legalidad que debe existir en la actividad administrativa* (conf. CASSAGNE, 1981, p. 205). Cabe igualmente recordar que, *como dijo nuestro más Alto Tribunal, “en las formas se realizan las esencias”* (conf. Fallos, 315:106, 317:1333)<sup>39</sup>.

En materia jubilaria, sostuvo la Corte Suprema que

[...] El decreto 1287/97 dio forma legal a la interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios –arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241– existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la defensa en juicio,

<sup>39</sup> CNCont.-adm. Fed., Sala I, 12/05/2000. –G., R. A. c. ISSB– Resol. 114/96, EDA, 00/01-151. Se agregó que: “[...] 11. Que, por otro lado, la circunstancia de que el actor haya ofrecido un descargo escrito carece de relevancia alguna, en la medida que el procedimiento seguido para la imposición de la medida expulsiva se caracterizó por su desorden y carencia de formalidad. Asimismo, poco tiene que ver la invocada sujeción al régimen estatutario del agente frente a la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a través de un procedimiento administrativo llevado en debida forma, toda vez que las relaciones de especial sujeción se han situado siempre en el marco insoslayable de la observancia del principio cardinal de la legalidad administrativa, a partir del cual adquiere su correcta conformación jurídica (conf. CS, Fallos, 319:1165 y 3040; 259:402; 304:121; 310:203; 311:2311; 312:1082; 313:63. Esta sala in re ‘Edenor’ del 5/9/95 y ‘Edelmann’ del 11/4/97. Asimismo Gallego Anabitarte, [196...], Alfredo, ‘Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho’, Revista de Administración Pública, t. 34, págs. 11-51). En consecuencia, por haberse violado la forma esencial del derecho de defensa del imputado y omitido que éste ejerciera en un procedimiento llevado en debida forma, la resolución impugnada deviene nula de nulidad absoluta (arts. 1.º, inc. f; 7.º, inc. d y 14, b, LPA)”.

por lo que

[...] corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda tendiente a que se declarara la nulidad del acto administrativo que –vulnerando el derecho de defensa– modificó el monto de la prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite<sup>40</sup>.

Caracterizado bajo la moderna denominación de “tutela administrativa efectiva”, sostuvo la Corte Suprema que

El art. 3.º, inc. a, de la resolución del COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8.º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.º inc. 3.º aps. a y b, y 14 inc. 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en tanto restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> CSJN, 24-04-2001; “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”. Fallos 324:1403.

<sup>41</sup> CSJN, 14-10-2004; “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. Fallos 327:4185. Además, con proyección en general en materia de procedimientos de selección, sostuvo que el art. 3.º, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de *libre concurrencia e igualdad*, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

#### IV.1 Principio de Proporcionalidad<sup>42</sup>

Según Sandulli (citado por GRECCO; GUGLIELMINETTI, 2003-2004, p. 121, especialmente p. 128), el principio de proporcionalidad quedaría articulado con estos elementos constitutivos:

- a) idoneidad: que se refiere a la coherencia del medio empleado; es decir, configurada una determinada situación de hecho, el medio empleado exacto para producir un resultado apreciable;
- b) necesidad: comporta la conformidad de la acción administrativa a la regla del “medio más moderado” y la obligación de elegir un medio para la consecución del objetivo que implique un mínimo sacrificio de los intereses concurrentes;
- c) adecuación: íntimamente ligada a la necesidad aparece la adecuación, que se presenta como aquella ponderación discrecional que lleve a una decisión que, sin provocar sacrificios superiores al mínimo, resulte, no obstante, razonablemente balanceada y engarzada a “la justa medida de la potestad”.

El mentado principio, que hunde sus raíces en el añejo “principio de razonabilidad” y que fuera suficientemente estudiado en nuestro país (LINARES, 2002, más recientemente, CIANCIARDO, 2009), ha sido recogido por la jurisprudencia del Alto Tribunal en los últimos tiempos, uno de cuyos ejemplos más palpables se dio al analizar la exigencia de la nacionalidad argentina para el acceso a cargos públicos.

En el último caso donde se pronunciara sobre el extremo<sup>43</sup>, expuso la Corte recordando que lo dicho desde antiguo acerca de que “[...] la igualdad

<sup>42</sup> Dicho principio fue utilizado por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, CSJN, del 15-06-2010, Considerando 10.º, expresando que: “[...] si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas ‘injunctions’, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba [...]”.

<sup>43</sup> CSJN, 12-08-2008, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional –Poder Judicial de la Nación– Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos 331:1715. Dictamen de la Procuradora General, al que remitió la Corte Suprema.

establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros” (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito de dicho precepto admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la Nación”. De lo expuesto podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por el reglamento de la Corte.

Sin embargo –expone–, esa Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” –como sucede en el *sub lite*– corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar<sup>44</sup>.

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los *finés* que había intentado resguardar y sobre los *medios* que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será *insuficiente una genérica “adecuación” a los fines*, sino que *deberá juzgarse si los promueven efectivamente* y, además, *si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*<sup>45</sup>.

Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el *sub lite*, un *criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad*. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta *insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa*. Aquí se requiere aplicar un *escrutinio más severo*, cuyas características la Corte ha indicado en el precedente citado.

Por lo dicho, entendió el tribunal que la demandada no podía limitarse a alegar que la exigencia de nacionalidad argentina a un auxiliar bibliotecario era razonable o aun conveniente para el buen desempeño del cargo y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad

<sup>44</sup> Remitiendo a la causa “Hooft” del 16-11-2004, Fallos: 327:5118, considerando 4.º y sus citas.

<sup>45</sup> Sentencia in re “Hooft”, considerando 6.º.

argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado<sup>46</sup>.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado en el derecho inglés, casualmente confundido con el principio de confianza legítima, en ocasión de analizar el alcance del control judicial de la Administración en el ejercicio de facultades discrecionales.

Al respecto, expresa la doctrina (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2002, p. 233; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007)<sup>47</sup> que

[...] las causas por las que un juez puede anular un acto discrecional del ejecutivo son, según el *dictum* famoso de Lord Diplock, tres: *irregularidad procedimental*, *ilegalidad* y *razonabilidad*<sup>48</sup>. El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del *natural justice*<sup>49</sup>, cuya finalidad es estrictamente procesal: principios tan emblemáticos de la tradición anglosajona como el *audi alteram partem* o el *nemo iudex in causa sua*. El segundo recoge la *desviación de poder continental* y supuestos de control de legalidad interna reconocidos por la jurisprudencia desde principios de siglo XX<sup>50</sup>. Y el tercero es el *control de razonabilidad*, plasmado en la conocida sentencia *Associated Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* de 1948, que constituye el caso más claro de control de legalidad interna hasta ahora previsto por el Derecho administrativo inglés. Según el *principio de razonabilidad* (más conocido en el argot como *Wednesbury unreasonableness*), un acto será *ultra vires* cuando sea tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo habría adoptado<sup>51</sup>.

Luego, refiere que resulta relevante que en una sentencia de la Corte de Apelación en la causa “*Coughlan*”<sup>52</sup> se consagra la confianza legítima “sustantiva”

<sup>46</sup> Remite allí a la Sentencia in re: “Gottschau”, 08-08-2006, *Fallos* 329:2986, considerando 61)

<sup>47</sup> El autor explica no obstante que si el Derecho español ha enfocado el problema de la confianza legítima y la revocación de actos desde los parámetros de la ilegalidad, el *Administrative Law* se estructura en estos momentos sobre la revocación de actos conformes a Derecho y declarativos de derechos subjetivos.

<sup>48</sup> Menciona al caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, AC 374.

<sup>49</sup> En el Reino Unido se ha desarrollado como incluida en el principio de “Justicia Natural”, la denominada “Regla contra la parcialidad”, que establece que “Ningún hombre puede ser juez de su propia causa”, o en latín “*Nemo iudex in re sua*”. Al respecto, ver Wade; Forsyth (2004, p. 450 y ss.).

<sup>50</sup> Citando a Craig, expresa el autor que de una forma muy casuística, bajo el rótulo de *illegality* se encuentran las siguientes causas de ilegalidad: propósitos inapropiados (desviación de poder, en términos continentales) y relevancia, lo cual permite impugnar un acto cuando razones relevantes no han sido tomadas en cuenta por el ejecutivo, o razones no relevantes han sido el único fundamento que soporta el acto. No obstante, ésta no es una clasificación taxativa, sino meramente descriptiva del *dictum* de Lord Diplock.

<sup>51</sup> Agrega el autor que se trata de un criterio vago, impreciso y propicio a la arbitrariedad judicial. Si situamos esta causa a la luz de la doctrina *ultra vires*, la fragilidad de ésta es aún más palpable: será contraria a la voluntad del Parlamento cualquier decisión tan irrazonable que ninguna autoridad la habría adoptado, y ello porque existe una voluntad implícita del legislador soberano que exige la nulidad del acto.

<sup>52</sup> *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, 1999, LGR, 703. El caso ha sido comentado por Craig; Schonberg (2000, p. 684-701).

como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el standard de control utilizado tradicionalmente por los Tribunales: la razonabilidad *Wednesbury*.

En dicha causa, la Corte de Apelación entendió que existen dos *standards* en el *judicial review*: uno, el tradicional control de *razonabilidad*; y segundo, el *abuso de poder*. La categorización del abuso de poder, en los términos del Tribunal, no tiene vínculo alguno con el concepto utilizado por el Derecho continental. Se trata de un concepto autónomo y propio del Derecho inglés. Evidentemente, esta es la novedad. Una vez realizada la ponderación, el Tribunal entendió que al haber dos decisiones administrativas razonables (la promesa y su posterior revocación), la única forma de controlar su legalidad sería asegurando que el poder razonablemente ejercido no fuera utilizado en exceso, y, por tanto, abusivamente. El cierre de Mardon se considera, por este motivo y a la vista de los intereses en juego, abusivo.

#### IV.2 Principio de Participación Ciudadana<sup>53</sup>

Sobre el tema, del que me he ocupado con anterioridad merece destacarse el caso “CEPIS”<sup>54</sup> de la CSJN, del que extraeré algunos tópicos sobre los que

---

Expresa Sarmiento Ramírez-Escudero –en relación al caso– que: “Los hechos son los siguientes: la señorita Coughlan sufrió un grave accidente de tráfico en 1971, produciéndole minusvalías muy graves y permanentes. Durante dieciocho años residió interna en un hospital municipal para enfermos crónicos, hasta que en 1993 las autoridades le propusieron un traslado a Mardon House, un centro especial para el tratamiento de minusvalías como las sufridas por la señorita Coughlan. Una de las razones que impulsaron a ésta a cambiar de residencia fue la promesa municipal de proporcionarle un hogar para el resto de su vida (‘a home for life’), sin tener que preocuparse jamás por cuestiones de alojamiento. Esta promesa fue realizada en términos expresos y de forma escrita a un grupo de pacientes, incluida la recurrente. En 1998 las autoridades sanitarias decidieron cerrar Mardon House por motivos presupuestarios, con el consiguiente traslado de todos sus pacientes y el incumplimiento de la declaración realizada en 1993. La señorita Coughlan recurre la decisión de cierre y los Tribunales fallan a su favor. La autoridad sanitaria local, ante la Corte de Apelación, recurre la sentencia reconociendo la existencia de expectativas por parte de los pacientes, pero alega que la decisión de cierre no puede considerarse irrazonable en términos ortodoxos *Wednesbury*. La Corte de Apelación confirma el fallo de la primera instancia, pero con argumentos diferentes: efectivamente, existía una expectativa por parte de la señorita Coughlan, pero tratándose de un caso en el que la administración revoca un acto individual no formal a través de una política (policy), ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En primer lugar, el Tribunal reconoce que si la promesa realizada por las autoridades se hubiera efectuado en el ámbito del Derecho privado, habría equivocado a un incumplimiento de contrato. Segundo, el mantenimiento de Mardon House no supone violación alguna del ordenamiento jurídico, puesto que la decisión de cierre obedece exclusivamente a coordenadas políticas. Tercero, los argumentos esgrimidos por la administración no son suficientes, en opinión del Tribunal, para fundamentar una revocación y defraudar la confianza creada. Por todo ello, se falla a favor de la señorita Coughlan”.

<sup>53</sup> Del tema me he ocupado en diversas publicaciones, últimamente en el trabajo correspondiente a mi exposición en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad del año 2017 (REY VÁZQUEZ, 2018, p. 453-484).

<sup>54</sup> CSJN, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, *Fallos* 339:1077.



discurriera el análisis, que tuvo como disparador el incremento de las tarifas dispuestas por el Poder Concedente (Estado Nacional) del servicio público de gas natural, sin haberse garantizado la previa participación ciudadana en la adopción de las decisiones tarifarias, erigiéndose en la primera interpretación integral del artículo 42 de la Constitución Nacional argentina por parte del Máximo Tribunal Nacional, como un derecho “operativo”, apoyándose en los debates de la convención constituyente<sup>55</sup>. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

Entre los conceptos salientes, se ha resaltado que la participación debe ser previa, y que no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, debiendo, por imperativo constitucional, garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio; siendo además, un elemento de legitimidad para el poder administrador, cuya responsabilidad de garantizar el derecho a la información pública está estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Y la consecuencia de la inobservancia –en el caso, del procedimiento de audiencia pública– ha sido la declaración de nulidad de los actos que dispusieron el incremento, con los efectos que ello acarrea.

Resulta destacable asimismo, haber echado mano a ciertos<sup>56</sup> instrumentos internacionales para respaldar el análisis y conclusiones del tribunal, como ser la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla 11.7 y regla IV.35)<sup>57</sup>. Y también el auxilio al concepto de “democracia deliberativa” con citas de Rawls<sup>58</sup> y Nino<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> El citado artículo fue incorporado a la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

<sup>56</sup> Se trata de Cartas del CLAD, que en rigor conforman una suerte de soft law. Al respecto, puede verse la obra de Sarmiento Ramírez-Escudero (2008).

<sup>57</sup> Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º).

<sup>58</sup> Considerando 18.º) del Voto mayoritario, citando la obra de Rawls (2001). Hay edición castellana, Rawls (1986).

<sup>59</sup> Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º), en relación a la obra de Nino (1990, p. 97 y ss.) (textual del voto). El concepto ha sido desarrollado extensamente por el citado autor (NINO, 1997).

### **IV.3 Principio de Buena Administración**

El mentado principio, muy estudiado por la doctrina española (entre otros, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2006; MEILÁN GIL, 2014, p. 121) fundamentalmente, se halla consagrado en distintos instrumentos europeos y americanos, como son la Carta europea de los derechos fundamentales de la persona, el código europeo de buena conducta administrativa y la Carta iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos.

En nuestro medio, lo hallamos plasmado en la reciente ley mendocina de procedimiento administrativo, en los siguientes términos:

Art. 1.º [...] f) Principio de buena administración

La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos:

- 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común.
- 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro.
- 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional.

## **V EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS**

Analizaré a continuación la naturaleza del poder disciplinario, los principios que estructuran, gobiernan y disciplinan los procedimientos administrativos de ese tipo, muchos de los cuales coinciden con los principios generales de todo procedimiento administrativo, no obstante algunos cobran especial gravitación atenta su finalidad punitiva, arrojando como consecuencia probable una sanción que producirá efectos directos, sea sobre el patrimonio, sea sobre la persona, o en su caso sobre la carrera administrativa del agente

público alcanzado por el procedimiento disciplinario<sup>60</sup>.

No obstante las aparentes similitudes, y dada la sustancia propia del derecho administrativo sancionador, como un capítulo del Derecho Administrativo –a mi entender–, se torna ineludible un estudio tendiente a determinar el grado de aplicación a este último de los principios que rigen en el proceso penal, y en su caso, si es dable acudir analógicamente a ellos para ser aplicados al mentado procedimiento administrativo sancionador (DOCOBO, 1996, p. 785 a 792).

Para ello, procederé a efectuar un análisis empírico de la Jurisprudencia de los Tribunales, fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), así como de la doctrina especializada, sin dejar de lado los criterios rectores que van forjándose paulatinamente a través de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN).

A ello debemos agregar necesariamente los principios provenientes de los Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional, dada la incidencia directa que producen en el marco de protección del particular administrado, e incluso del agente público, que deben servir de norte ineludible a la hora de evaluar la procedencia de una sanción, así como durante toda la tramitación del procedimiento sancionador. Se imponen allí escrutar los criterios convencionales provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, muchos de los cuales han sido receptados por los tribunales argentinos.

Una vez establecidas las notas definitorias, en punto a los principios, se procederá a determinar las “relaciones” existentes entre el procedimiento administrativo y el proceso penal, los modos normales y anormales de finalización del primero de ellos, y los aspectos relativos a la prescripción y caducidad de la potestad sancionadora estatal, que determinan el marco temporal de competencia para poder válidamente efectivizar, mediante la aplicación de una sanción, la finalidad perseguida con el procedimiento.

Asimismo, destinaré un apartado para analizar aspectos especiales que surgen de la doctrina de la PTN sobre la materia.

---

<sup>60</sup> Así es que, amén de los principios de legalidad, debido proceso, oficialidad, informalismo, entre otros, cobran virtualidad principios tales como el “*non bis in idem*”, “*in dubio pro imputado*” (o *pro reo*), igualdad, “principio de la ley más benigna”, “proporcionalidad”, “principio de inocencia”, entre otros, que trasuntan una cercana relación del Derecho Administrativo al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, y donde se manifiestan claramente las similitudes entre ambas disciplinas, como manifestaciones ellas del poder punitivo estatal.

## V.1 Fundamento, origen y finalidad del poder disciplinario<sup>61</sup>

En tal sentido, se ha expresado que

[...] las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial [...] (Del voto del juez Grecco, cons. VI)<sup>62</sup>.

Respecto a su finalidad, se ha expresado: “[...] El derecho disciplinario administrativo no tiene como finalidad la represión o prevención del delito, sino la protección del orden y la disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas [...]” (confr. esta Sala, 17 de octubre de 1989, “De Benedettis”)<sup>63</sup>.

Por su parte, el Alto Tribunal ha declarado que: “[...] Si la falta sancionada por la superioridad –calificada como grave– ha sido la de desobediencia, la sanción deriva del ejercicio de una potestad disciplinaria inherente a la estructura misma de las fuerzas armadas, e independiente del origen o entidad causal” (voto del Dr. Julio Víctor Reboledo)<sup>64</sup>.

También sostuvo la Corte Suprema que:

Si se trata de la sanción de destitución a que pueden ser sometidos los escribanos en virtud del art. 52, inc. f.), de la ley 12.990, resulta aplicable la doctrina referente al régimen de empleo público, según la cual las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Sobre el punto, puede verse con mayor amplitud, Docobo (1970, p. 243). Asimismo, en el Derecho español, la excelente monografía de Lafuente Benaches (1996).

<sup>62</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5.ª, 13/04/1998, - “Marcos Norma Gladys v. Estado Nacional / MINISTERIO de Educación y Justicia s/ Empleo Público”. Causa n.º 17981/97.

<sup>63</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4.ª, 02/08/1994, - “FUEGO, Carlos E. s/ APELACIÓN art. 40 ley 22140”.

<sup>64</sup> CSJN, G 423 XXVII – “Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo”. 5/07/96. Fallos 319:1165.

<sup>65</sup> CSJN, C. 542. XXIV. “Colegio de Escribanos s/ verificación de certificaciones de firmas de la escribana María del Carmen Díaz (regente del Registro Notarial N.º 1225 de la Capital)”. 9/12/93 C. 882. XXII. “Colegio de Escribanos s/ verificación de libros de requerimiento de firmas del Escribano Enrique José Ignacio Garrido”. 23/06/92. Fallos 315:1370.

Asimismo, que:

Corresponde confirmar la sentencia que mantuvo la resolución administrativa por la cual se exoneró a un agente, considerando que los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal<sup>66</sup>.

No obstante, la CSJN sostuvo en fecha más reciente, con cita del Superior Tribunal Constitucional Español, que

[...] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado... y por ello... los principios esenciales reflejados...en la Constitución como los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria... adquieren especial relevancia en las sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, porque es claro que la sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (STC: 127/1996; 120/1990 y 97/1995)<sup>67</sup>.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia mayoritaria entiende que estamos frente a un poder inherente a toda organización, con lo que no estaríamos técnicamente frente a una verdadera potestad, posición que en la doctrina ha sido sostenida por Julio Comadira (2001, p. 591) y René Goane (1998, p. 1013 y ss.), sosteniendo el primero que “[...] Toda organización posee, como poder inherente, la facultad de sancionar mediante la técnica jurídica represiva las conductas de los integrantes que afecten su adecuado funcionamiento [...]”. En cambio, por la posición de considerar que se trata de una potestad, se encuentra Fernando García Pullés (2003, p. 1.258), quien expresa que

[...] La organización no adquiere su poder disciplinario de su condición de tal, sino del reconocimiento de esa facultad por la ley, sea que esta última se funde en el reconocimiento de su correlato con la propiedad y consecuente habilidad para gobernar los recursos por sus titulares –en el ámbito del

<sup>66</sup> CS, Febrero 17 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

<sup>67</sup> CSJN, 09-03-2004, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. R. 230. XXXIV. Fallos 327:388, Considerando 13.º.

derecho privado– o de la atribución de una facultad a un órgano con una finalidad específica –en el ámbito público–. Señalo tal aspecto porque la organización, por sí, no adquiere aptitud disciplinaria alguna cuando no se la otorga el derecho, como lo ha mostrado el mundo en forma tan descarnada en los últimos años de relaciones internacionales [...].

## V.2 Principio de Legalidad

Este principio, nacido como fruto del advenimiento del Estado de Derecho, posee una especial vinculación con la potestad sancionadora estatal, y que al decir de Lorenzo de Viega Jaime (1996, p. 9 y ss.), la mentada potestad se vincula al principio de legalidad a través de una relación de implicancia y de lógica.

Señala la autora que “[...] principio de legalidad y potestad sancionatoria, son conceptos jurídicamente interrelacionados, pues el último se explica mediante la alusión necesaria al primero [...]”; agregando que: “[...] la potestad sancionadora es, en definitiva, consecuencia del supuesto de sometimiento a la legalidad que informa todo el orden jurídico”.

Al respecto, la PTN, en ocasión de tener que expedirse acerca de la responsabilidad que cabe a los funcionarios excluidos del régimen jurídico básico de la función pública, se ha referido al mentado principio, sentando la siguiente doctrina:

Los Subsecretarios por no hallarse comprendidos en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública [...] no gozan de estabilidad y la única sanción disciplinaria de la cual pueden ser pasibles es su remoción. En el orden disciplinario, tal exclusión, genera consecuencias de trascendencia en la especie, pues la ausencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica, obliga a concluir que cualquiera que se impusiere a aquellos funcionarios –salvo su remoción– resultaría violatorio del principio de legalidad de las penas consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Expte. n.º 382232/95. Ministerio del Interior; 25 de febrero de 2000. (Dictámenes 232:210). Se agrega en el citado dictamen, que “La circunstancia apuntada impide que puedan ser sometidos a una investigación en los términos del capítulo VI del Régimen aprobado por dicha ley. No obstante ello, el Poder Ejecutivo Nacional puede ordenar la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares atribuidos a tal calidad de funcionarios, cuando así lo entendiera pertinente. Cuando el Poder Ejecutivo Nacional ordena la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares atribuidos a los Subsecretarios, la intervención de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas procede si así lo dispone el Presidente de la Nación conforme el artículo 7.º del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto n.º 467/99, el Poder Ejecutivo Nacional tiene la facultad de que en los sumarios administrativos disciplinarios cuya instrucción dispusiera hechos endilgables a agentes comprendidos por un régimen disciplinario, la investigación pueda llevarla a cabo la Dirección Nacional de Sumarios. Por lo tanto, en la sede de origen se tendrá que decidir el temperamento a seguir sobre tal episodio”.

Tal exclusión de los funcionarios políticos de la punición disciplinaria, ha sido criticada en doctrina por Comadira y Canda, señalando que no existe razón suficiente para excluirlos de ella. Señala el primero que: “La experiencia indica, en ese sentido, que el comportamiento de aquéllos también afecta el bien jurídico protegido por la responsabilidad disciplinaria, y la pena puede cumplir, a su respecto, adecuados efectos retributivos y preventivos generales y especiales.” (COMADIRA, 2001, p. 591)<sup>69</sup>.

En el orden federal, la Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, trayendo a colación el voto del Dr. Coviello, en la causa “Rava, María I. c. Estado Nacional-Fiscalía de Investigaciones Administrativas”<sup>70</sup>, quien ha sostenido en relación al mentado principio, lo siguiente: “Como consecuencia del principio de la legalidad administrativa, es deber de la Administración encauzar su actuación dentro del marco y con sujeción estricta a la ley y al derecho, evitando prescindir de las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico”.

Cabe discernir en relación al principio de legalidad, si en su vinculación con la potestad sancionatoria, se hace referencia a la ley formal, o por el contrario, comprende a la diversidad de fuentes que integran el “bloque de legalidad”. Para ello, analizaré separadamente diversos aspectos.

### **V.3 El Principio *Nullum crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia***

Al respecto, señala Comadira (2001, p. 595 y ss.) que el primer componente *–nullum crimen sine lege–* tiene tres manifestaciones: la exclusividad (sólo la ley formal puede incriminar conductas); la irretroactividad (la ley formal debe ser previa al hecho punible); la veda de la analogía (las conductas se deben contemplar con arreglo a tipos autónomos no comunicables). El segundo elemento *–nulla poena sine praevia lege–* supone también tres manifestaciones: la irretroactividad y la prohibición de puniciones tanto de base consuetudinaria como analógica.

En tal sentido, señala el autor que “se afirma, respecto de este principio, la relatividad de su aplicación en el ámbito del Derecho disciplinario”<sup>71</sup>, conforme lo cual, “el poder disciplinario podría ejercerse en ausencia de norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción; siendo incluso posible, se sostiene,

<sup>69</sup> El autor cita el trabajo de Canda (1996, p. 167 y ss.).

<sup>70</sup> CNCont.-adm. Fed, Sala I, 30-11-1995, LL, 1996-C, 459, con nota de Agustín.

<sup>71</sup> Indica el autor que son interesantes, en este sentido, las afirmaciones y matices contenidos en asesoramientos de la Procuración del Tesoro de la Nación; v.gr. Dictámenes 139:337; 221;124.

acudir a la analogía en los casos de falta de regulación normativa”<sup>72</sup>.

Sin embargo, agrega Comadira que

[...] aún en las posiciones más flexibles en esta materia, se formulan dos salvedades:

- a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma, no pueden imponerse más que ellas<sup>73</sup>.
- b) ciertas sanciones, como la multa o el arresto, sólo proceden si resultan de la ley formal, sea porque se les asigne obvia sustancia penal (MARIENHOFF, 1995, p. 420), o bien porque se considere que ellas implican incursionar en la zona de reserva legal (GOANE, 1998, p. 1.039).

Adhiere el autor citado a estas ideas, puesto que

la determinación de las sanciones por vía legislativa asigna al poder disciplinario, en ese aspecto, carácter reglado de modo que, si la reglamentación legislativa es razonable al no comprometer las facultades propias de la Administración, un apartamiento del régimen sancionatorio configuraría un supuesto de arbitrariedad; y en relación con las sanciones de multa y privación de la libertad, no parece, en verdad, dudoso que en nuestro ordenamiento la afectación punitiva del patrimonio o de la libertad física integren la zona de reserva de ley (COMADIRA, 2001, p. 595)<sup>74</sup>.

Por su parte, en el Derecho uruguayo, ha sostenido Lorenzo de Vega Jaime (1996, p. 11) que

---

<sup>72</sup> Cita en el punto a Goane, (1998, p. 1.013). Asimismo, respecto a la analogía en materia disciplinaria, remite el autor a Dictámenes 221:124 de la Procuración del Tesoro de la Nación.

<sup>73</sup> Cita al respecto a Goane (1998, p. 1.039), y a Marienhoff, 1995, p. 423.

<sup>74</sup> Agrega asimismo el autor que “[...] otras posibles sanciones disciplinarias deben también resultar de la ley formal en la medida que determinen la extinción del vínculo o puedan conducir a ella, porque en esas situaciones tales sanciones comprometen la garantía de la estabilidad asegurada a los agentes estatales por el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional (cita que en Dictámenes 121:366, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que la competencia para dictar normas estatutarias para el personal de la Administración Pública Nacional le asiste al poder legislativo, en tanto implica una reglamentación del derecho constitucional a la estabilidad y del requisito de idoneidad para acceder a la función pública)”. “Fuera de esos casos –apunta–, no existe óbice, a mi juicio, para que, aun en ausencia de ley formal o material, la autoridad administrativa imponga, en ejercicio de sus poderes inherentes, sanciones disciplinarias respetando los principios generales del derecho”.



el campo de las sanciones administrativas debe ubicarse dentro de lo que la doctrina llama “reserva de la ley”, pues se trata –al decir de la autora– de una materia atribuida privativamente a la ley y excluida de la potestad reglamentaria, y en ese país, lo es todo lo atinente a la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes, según lo previsto en la Sección II de la Constitución Uruguaya... Entonces, siendo la sanción administrativa... una limitación de derechos individuales, debe ser inscripta dentro de la categoría materia de reserva legislativa.

A mi entender, tal argumento resulta perfectamente trasportable al derecho argentino, dado que conforme reza el art. 19 *in fine* de la Constitución Nacional, correlacionado con los artículos 14 primera parte y 18, no cabe realizar una interpretación extensiva del concepto de ley, debiendo limitarse al estricto de ley en sentido formal, en punto a la determinación de la fuente normativa de la limitación de los derechos individuales.

#### **V.4 La Tipicidad**

La exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, sostiene Comadira que tampoco posee acogida absoluta en el Derecho disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes no susceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales, no obstante lo cual, señala que

de todos modos, es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del sólo juicio del superior o fundables exclusivamente en la norma que otorga la atribución sancionatoria (COMADIRA, 2001, p. 596)<sup>75</sup>.

Por su parte, en referencia al Derecho español, Alejandro Nieto ha sostenido, al señalar las diferencias del Derecho Penal (en adelante DP) con el

<sup>75</sup> Agrega en la p. 597 que, “si la tipicidad en el Derecho penal es, como afirmó Jiménez de Asúa ..., antes que una pieza técnica, una garantía de libertad que se presenta como secuela del principio de legalidad, ella está llamada a ser, en el Derecho disciplinario, razonablemente interpretada, una garantía formal de justicia como límite jurídico a la discrecionalidad administrativa”.

Derecho Administrativo sancionador (en adelante DAS), la distinta operatividad que en ellos tiene el principio de la legalidad, con su corolario de la tipicidad (NIETO, 1997, inédito).

Señala este autor que:

Para el DP es un dogma intocable el principio de que los tipos han de estar descritos con precisión en una ley: esta fue una de las grandes conquistas de la Ilustración y del Liberalismo, que hoy felizmente se mantiene. [...]  
Pero en el caso del DAS, señala que por imitación del DP también se lo ha adoptado con consecuencias deplorables, porque si la tipicidad es factible en el DP, habida cuenta de la escasez de delitos, no sucede lo mismo en el DAS ya que [...] el incumplimiento de órdenes y prohibiciones administrativas lleva consigo por su propia naturaleza la comisión de una infracción [...].  
Nada se conseguiría ciertamente mandando o prohibiendo si luego el incumplimiento no fuera castigado [...].  
Apurando las cosas, en el DAS no hay más que un tipo de infracción: el incumplimiento de órdenes y prohibiciones generales o concretas, previas [...].  
De aquí que las leyes españolas, a la hora de tipificar se remitan con frecuencia a la norma ordenadora o prohibitiva por un lado, y por otro, a los reglamentos que precisen o concreten los textos legales.

En la Argentina, la jurisprudencia federal, ha decidido lo siguiente:

La descripción del hecho punible por vía de la reglamentación –en el caso se trata de las resoluciones 45/91 y 442/87 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca–, no supone atribuir a la Administración una facultad indelegable del Poder Legislativo sino del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria discernida por el art. 99, inc. 2.º de la Constitución Nacional<sup>76</sup>.

También, ha dicho en la misma causa que:

Como las sanciones que la autoridad de aplicación se encuentra facultada a aplicar tienen carácter administrativo y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Cód. Penal, no deben aplicárseles las reglas generales

<sup>76</sup> CNCont. Adm. Fed., Sala III, octubre 6-1998, “Arbumasa S.A. c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Público”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 17-09-1999, p. 53.

de éste, ni se debe requerir la configuración de dolo. Tales sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión; esta forma de constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor, salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación.

## V.5 Relaciones de Especial Sujeción

Señala al respecto García Pullés (1998, p. 131 y ss.), que

a la potestad sancionadora de la administración, se la puede clasificar desde la perspectiva del sujeto pasivo, que distinga: a) Aquellos sujetos que mantienen una relación de sujeción general con la Administración Pública, típica de la posición del administrado simple, o del binomio poder público-ciudadanos, y b) Aquellos sujetos que se vinculan a la Administración por “relaciones de sujeción especial”, entendidas como las que derivan del status especial de ciertos ciudadanos resultante de su condición de destinatarios de un ordenamiento seccional (GARCÍA PULLÉS, 1998, p. 147).

Al respecto, la Jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que:

El actor como integrante de las Fuerzas Armadas, específicamente del Ejército, no podía desconocer –como consecuencia de la relación de especial sujeción que lo vinculaba con la institución armada–, que como corolario del principio de legalidad administrativa, por el cual las peticiones extemporáneas de recursos –aplicados en materia de sanciones disciplinarias–, y reclamos que son los recursos deducidos contra aquellos actos administrativos que no sean sanciones disciplinarias, no serán tomados en consideración; como consecuencia de ello no existe el deber de expedirse por parte de la autoridad militar respecto al reclamo del recurrente (en el caso recurría ante sanción disciplinaria que era la causa fundante de la clasificación de ineptitud militar).<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> CNCont. Adm. Fed., Sala I, noviembre 8-1995, in re “Enriques, Luis Alberto c. Jefe del Estado Mayor General del Ejército s/amparo por mora”. ED, 170-286.

Pero es en la causa “Ponchón, Jesús A. c. Policía Federal Argentina”<sup>78</sup>, donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, hace aplicación con mayor nitidez de estas relaciones de especial sujeción (voto del Dr. Coviello) en los siguientes términos:

En las relaciones de especial sujeción que rigen al personal policial –en el caso, a los miembros de la Policía Federal–, no pueden aplicarse al proceso administrativo disciplinario iniciado contra miembros de ese personal, directamente y sin el necesario ajuste, los principios garantísticos propios del derecho penal, salvo la garantía genérica del derecho de defensa del imputado.

Además, ha dicho en la misma causa que:

Dada la relación de especial sujeción a la cual se encuentra sometido el personal policial, la prohibición de asistencia letrada externa a la fuerza en el proceso administrativo disciplinario, establecida en el art. 661 del dec. 1866/83, –régimen aplicable a la policía federal– no vulnera el derecho de defensa de dicho personal, pues esa limitación no impide que se pueda contar con el apoyo externo de un letrado.

## V.6 Principio del Debido Proceso

Este principio, que en el ámbito del procedimiento administrativo constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 Constitución Nacional, o como garantía de innominada incluido en el art. 33 de la Carta magna, surgió luego de la Revolución Francesa como garantía de los derechos del individuo frente al Estado, y se ha recibido amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos (LORENZO DE VEGA JAIME, 1996, p. 104 y sgtes.), consecuencia de otro gran principio de origen revolucionario, como es la presunción de inocencia de todo imputado de un delito.

---

<sup>78</sup> CNCont. Adm. Fed., Sala I, mayo 18-1999. *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 17-12-1999. En el voto en disidencia, el Dr. Litch efectúa una crítica de estas relaciones de especial sujeción, las cuales devienen inadmisibles a la luz del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional. Asimismo, para ver una crítica de estas relaciones, ver sendos trabajos de Parejo Alfonso; Salomoni (1997, p. 133 y ss.) y Parejo Alfonso; Salomoni (1997, p. 151 y ss.).

Al respecto, dice Domingo J. Sesín (1994, p. 155), que

[...] Sabido es que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración implica el respeto del principio axiológico fundamental del “debido proceso”, que inexorablemente debe garantizarse en forma previa a la aplicación de la sanción... Su contenido es comprensivo del derecho a ser oído, de ofrecer y producir prueba y de obtener una decisión fundada. Estas son condiciones que siempre deben respetarse y que son de obligatorio acatamiento, bajo pena de nulidad según los principios constitucionales aplicables.

Así, ha dicho la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, a través del voto del Dr. Coviello en la causa “Rava” –citada supra– que:

Los principios cardinales del Derecho penal general resultan de aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, pues ambos en definitiva quedan inferidos dentro de la potestad punitiva del estado, si bien ello se da con las modulaciones propias que especifican el ámbito del derecho disciplinario.

En el mismo pronunciamiento, se ha dicho que:

La garantía del debido proceso no se circunscribe al ámbito exclusivo del Derecho penal. Por el contrario, los principios inherentes al debido proceso legal emergen de la Constitución Nacional, motivo por el cual no caben dudas respecto a su debida observancia no sólo en el proceso penal sino también en el procedimiento administrativo disciplinario.

Por su parte, la PTN ha resuelto que:

Conforme lo determina el Decreto n.º 8566/61 la conducta del agente que formuló la opción a la que estaba obligado casi dos meses después de haber incurrido en incompatibilidad puede dar lugar a cesantía, pero la aplicación

de esta sanción requiere en el ámbito de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, la instrucción de un sumario disciplinario<sup>79</sup>.

Al respecto, la CSJN, ha sostenido la necesidad de garantizar la adecuada observancia del mentado principio, aún en el procedimiento administrativo de tipo disciplinario, al señalar

[...] que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones [...], para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (conf. Fallos: 308:191 y 316:2043)<sup>80</sup>.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que: “El procedimiento sumarial disciplinario constituye una exigencia esencial de la decisión extintiva de la relación de empleo público, en los supuestos de agentes con situación estatutaria amparados por la garantía de estabilidad”.<sup>81</sup>

### V.6.1 Teoría de la subsanación

Comentario aparte merece la denominada “teoría de la subsanación”<sup>82</sup>, a la cual la CSJN la ha sostenido en diversas oportunidades, y que se traduce en la siguiente fórmula: “Los defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido”<sup>83</sup>.

Tal doctrina, ha servido para justificar el desconocimiento del derecho al debido proceso en sede administrativa, argumentando que el mismo queda purgado si el particular halla adecuado resguardo y amplitud probatoria en

<sup>79</sup> Expte. n.º 1-2002-2095002475/01-4. Ministerio de Salud; 30 de enero de 2002. (Dictámenes 240:117).

<sup>80</sup> Causa C. 771. XXXIV: “Recurso de hecho deducido por Oscar Juan Castro Veneroso en la causa Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140”, 23-10-2001, especialmente, Dictamen del Procurador General de fecha 30-03-2001, Fallos 324:3593; JA, 2002-II, Suplemento Administrativo del 04-04-2002, p. 84/86.

<sup>81</sup> SC Buenos Aires, Noviembre 13 1984, “Salanueva, Olga L. C. Provincia de Buenos Aires”, Repertorios ‘El Derecho’ – Sumarios 20.

<sup>82</sup> Para un estudio en profundidad del tema, ver: Linares (1971b).

<sup>83</sup> CSJN, in re: “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, del 01/06/1982. Fallos 304:769.

sede judicial, lo cual ha sido criticado por cierto sector de la doctrina, y que reconoce también pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a la misma.

Y no es para menos, si reparamos en el hecho de que las leyes de procedimiento administrativo establecen como elemento esencial del acto administrativo, el procedimiento previo, que se tramite obviamente con la rigurosa observancia de todos los aspectos que comprende el debido proceso adjetivo, entre ellos, el derecho a ser oído, el de ofrecer, producir y controlar la prueba, y el derecho a una decisión fundada; viciando de nulidad absoluta al acto que lo omita. Si el acto nulo, y no es susceptible de ser saneado, mal puede entonces subsanarse en sede judicial, el vicio relativo a la falta del debido procedimiento previo<sup>84</sup>.

No obstante la aparente claridad del razonamiento anterior, la doctrina de la PTN, así como la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación, la admitieron y admiten actualmente, al igual que diversos tribunales inferiores.

Con relación a la posibilidad de subsanar en sede administrativa los vicios relativos al derecho de defensa, observados en la tramitación del sumario, ha dicho la PTN que:

Si medió sumario previo aun cuando viciado en algunos aspectos concernientes al ejercicio del derecho de defensa, es factible considerar subsanados los vicios del sumario si, con posterioridad y dentro del trámite impreso al recurso jerárquico, se concedió al sumariado la oportunidad de ejercer con amplitud su derecho de defensa (conf. Dict. 115:289)<sup>85</sup>.

En idéntico sentido, se ha pronunciado la CSJN, en el caso “Kusnir, Juan E. c. UBA” (CSJN, 10-10-1969. ED, 30-105) y posteriores<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Sin embargo, en un ya lejano precedente, la CSJN convalidó la aplicación de una sanción de cesantía sin sumario previo cuando las faltas sean de comprobación objetiva fácil, como la ausencias no justificadas por más de diez días (CSJN, 09-08-1961, “Vásquez, Alejandro c. Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 250:418).

<sup>85</sup> Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).

<sup>86</sup> Ya durante la vigencia de la Ley 19.549, se ha pronunciado a favor de la citada teoría el Alto Tribunal, en la causa: “Almagro de Somoza y otro c. INSSJP”, del 24-05-1984, (Fallos 306:467), sosteniendo que “Las posibilidades de audiencia y prueba en la instancia judicial bastan para asegurar la garantía de la defensa en juicio”, citando la doctrina de Fallos 301:410. Cabe señalar sin embargo que en su dictamen, el Sr. Procurador General Dr. Juan Octavio Gauna, señaló su opinión contraria, diciendo que: “[...] atento lo dispuesto por la Constitución Nacional en lo atinente al derecho de defensa (art. 18) así como al principio que en el Derecho Administrativo argentino rige –como consecuencia de aquella garantía constitucional– el respecto del derecho a ser oído antes de la emisión del acto que se refiere a derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. El incumplimiento por parte de la Administración de esa garantía fundamental no puede ser saneada ‘a posteriori’ y en otra instancia, pues al ser requisito esencial para la validez del acto al concretar los procedimientos pertinentes –en el caso el debido proceso adjetivo– el acto ha quedado ya fulminado por un vicio esencial [...]”.

Lo ha reiterado en fecha más reciente diciendo que

[...] la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente (Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134), de modo que, habiéndose producido el peritaje contable en esta instancia, corresponde concluir que no resultan atendibles los planteos de la impugnante (Fallos: 247:52)<sup>87</sup>.

La teoría de la subsanación, ha sido criticada por Comadira, pues

al permitir la subsanación en sede judicial de la indefensión producida en sede administrativa y amparar, con ese temperamento, igual criterio subsanatorio en las diversas instancias administrativas, transforma un vicio de base constitucional y legal determinante de la nulidad absoluta del acto, en una simple causal de nulidad relativa.

Señala además que “no se trata de postular la nulidad por la nulidad misma, sino de asignar al derecho al debido proceso adjetivo su verdadera significación, de modo que la Administración Pública encuentre en el respeto de éste un requisito procesal insoslayable de su actuación.” (COMADIRA, 2001, p. 596).

En tal sentido, ha dicho Comadira (2001, p. 596), si bien luego de señalar que el principio del debido proceso no es aplicable en el Derecho disciplinario con el mismo alcance que en el Derecho penal, no obstante –aclara luego que– si bien en ciertos casos puede aceptarse que, como consagran diversos sistemas disciplinarios, la aplicación de las sanciones no requiera la instrucción previa de sumarios o de informaciones sumarias, es siempre requisito de validez la concesión al imputado de alguna forma de audiencia, siquiera verbal<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> CSJN, 16-12-2008, F. 1762. XXXVIII. “Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la resolución 604/99 (DVRRE)”, Fallos 331:2769.

<sup>88</sup> Al respecto, se ha sostenido que “El descargo es un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicios a la administración. Empero, si bien no requiere la formalidad propia del procedimiento sumarial, sin embargo, debe resguardar, aunque mínimamente el cumplimiento de los siguientes aspectos: derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Todo ello en el marco sumarisimo que la naturaleza del trámite implica” (Trib. Sup. de Justicia de Córdoba, 04-07-1996, “Esteban, Elsa E. c. Provincia de Córdoba”, *LLC* 1996, 1020, AR/JUR/2380/1996).



Asimismo, la mentada doctrina se contrapone con la sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Baena”, cuando expresó que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración pública tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos –en el caso, se denunció a la República de Panamá por la destitución arbitraria de 270 empleados públicos participantes en una huelga–, razón por la cual es importante que su actuación se encuentre regulada. No pudiendo invocar el orden público para dictar actos sancionatorios sin otorgar a los administrados la garantía del debido proceso, entendido en los términos del art. 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>89</sup>.

## V.6.2 Prohibición de declarar contra sí mismo

Es doctrina uniforme tanto de la PTN, como de la CSJN, que la situación de imputado o sumariado es incompatible con la recepción del juramento al pugnar con lo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional (conf. Dictámenes 143:101; Fallos 281:177, entre otros).

En tal sentido, se ha señalado que: “La recepción de declaración como testigos a personas que podrían aparecer rozadas por la investigación comprometería la validez de tales actos a la luz del criterio de la Procuración del Tesoro (conf. Dict. 143:101; 152:262; 166:244; 212:104)”<sup>90</sup>.

También lo ha sostenido la CSJN en la causa “Castro Veneroso” (Fallos 324:3593) –citada más arriba–, donde adhiriéndose a lo dictaminado por el Procurador General, expresó:

[...] Desde mi punto de vista, el recurso es formalmente admisible toda vez que, la sustancia del planteo allí efectuado conduce en definitiva a determinar el alcance de la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (confr. Fallos: 310:1847). En efecto, tal como surge de la sentencia apelada, la resolución ANA 0351/97, que pone fin

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, *La Ley* 2001-D, 573.

<sup>90</sup> Dict. n.º 213/02, 12 de julio de 2002. Expte. n.º 8759/00. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (Dictámenes 242:65).

al sumario administrativo 1/83 con el “despido con causa” del actor, se fundó exclusivamente en las declaraciones testimoniales que éste prestó, previo juramento de decir verdad, ante las preguntas que se le formularon. Sin perjuicio de que, tal vez, hubieran podido ser acreditadas por otros medios las circunstancias de las cuales derivaría su responsabilidad, lo cierto es que, tanto la Administración Nacional de Aduanas cuanto la cámara, basaron sus pronunciamientos en las respuestas del recurrente.

En mi opinión –agregó–, el sumario administrativo incoado se presenta falto de legalidad, toda vez que no se respetaron garantías constitucionales. Así, se debió hacer saber al señor Castro Veneroso –tal como claramente lo prescriben los arts. 29, 40, 41 y 43 del Reglamento de Investigaciones entonces vigente–, las causas que determinaron su instrucción, la responsabilidad que se le atribuía en los hechos, la posibilidad de ser asistido por un letrado o de negarse a declarar sin que esto haga presunción en su contra y ello, sin exigirle juramento o promesa de decir verdad. Estos derechos no son sino el correlato de aquellos principios que enuncia la Constitución Nacional en su art. 18. Es dable afirmar que la sentencia de la cámara –que debía controlar la legalidad del proceso–, al convalidar lo resuelto por la Aduana, resulta pasible de idénticas observaciones.

Ha dicho la Corte

[...] Que debe tomarse particularmente en cuenta [...] (que) el previo juramento de decir verdad a que fuera sometido el señor [...], sin darle antes a conocer el motivo de su citación [...], afectó la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]<sup>91</sup>.

Ello encuentra sustento además, en el Art. 18 CN dispone: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y en los Pactos Internacionales incorporados a ella, como el Art. 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece como una de las garantías mínimas del proceso penal

<sup>91</sup> Recordó luego que en un antiguo precedente “[...] el Tribunal tuvo oportunidad de sentar el principio según el cual las posiciones tomadas al procesado, bajo juramento, son contrarias a la cláusula constitucional aludida, criterio éste de clara aplicación en el sub lite y que se basa en que tal juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma. Pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra. Y la Constitución rechaza categóricamente cualquier intento en ese sentido. La declaración de ‘quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, el que no debe siquiera verse enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento de decir verdad’” (Fallos: 281:177, causa “Diario El Atlántico”).

–por analogía aplicables al procedimiento disciplinario– “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”, mientras que el Art. 8.3, a su vez, dispone que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

### V.6.3 El derecho a ser juzgado en un plazo razonable

En punto al control de convencionalidad en materia disciplinaria, resulta relevante lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer”<sup>92</sup>, donde se extendió la garantía del “plazo razonable” a los procedimientos administrativos sancionatorios, donde sostuvo que:

1. la dilación del procedimiento administrativo que se extendió por más de 20 años es incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la CADH, si los hechos investigados no exhiben una especial complejidad y los sumariados no obstaculizaron el curso del procedimiento, ya que los prolongados lapsos de inactividad procesal son atribuibles inequívocamente a la autoridad administrativa, situación que se presenta como el principal motivo de la dilación;
2. el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inc. 1 del art. 8 de la CADH, constituye una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión;
3. ante la ausencia de pautas temporales indicativas de la duración razonable de un proceso, deberá tenerse en cuenta a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> CSJN, 26/06/2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, Fallos: 335:1126.

<sup>93</sup> Corresponden a los sumarios de Editorial La Ley, AR/JUR/32230/2012. El criterio ha sido reiterado por la Corte en la causa “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c. B.C.R.A. s/ resol. 178/93”, 19/11/2013, *La Ley* 2014-C, 524, AR/JUR/77309/2013. Con anterioridad, el Máximo Tribunal sostuvo que “La tramitación de un sumario que insumió casi una década, comportó ‘de hecho’ una virtual sanción, en la medida en que el agente se vio privado en la práctica de progresar en su carrera administrativa” (CSJN, 30/10/2001, - “Méndez, Claudio C.”, JA 2002-II-677).

#### V.6.4 El derecho a elegir un abogado defensor de su confianza

La Corte se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la jurisdicción militar en la causa “López, Ramón”<sup>94</sup>.

Para ello, ha formulado una serie de conceptos que, en lo que al tópico conciernen, pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. el defensor interviniente ante el tribunal de justicia militar careció de plena libertad para ejercer su ministerio y, en todo caso, al revestir necesariamente la condición de oficial en servicio activo o en retiro (conf. art. 97, CJM) quedó sujeto no sólo al corsé disciplinario de la institución, sino incluso a la propia jurisdicción militar;
2. de ningún modo se puede afirmar que se haya respetado el derecho de defensa en juicio del imputado, Capitán de Intendencia, con relación a la acusación penal que se le incoara, sea porque *no ha podido elegir un abogado defensor de su confianza –aunque fuera militar–, o porque el defensor interviniente ha visto restringida su capacidad de actuación*, lo que conculca la garantía reglada por los arts. 18 del Constitución Nacional, 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>95</sup>.

#### V.6.5 Brevedad irrazonable del plazo para recurrir

Al respecto, ante un plazo de 24 horas mentado en un estatuto específico, sostuvo la CSJN que: “La exigencia de deducir el recurso de revocatoria dentro del plazo de 24 horas (ordenanza general 207/77 de la Municipalidad de Escobar) viola el derecho de defensa en juicio del agente cesanteado”<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> CSJN, 06/03/2007. “López, Ramón Ángel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar (causa n.º 2845)” (L.358.XXXVIII) –Fallos 330:399– [EDA, (30/03/2007, nro 11.730)].

<sup>95</sup> Los puntos corresponden al voto de la doctora Argibay integrando la mayoría.

<sup>96</sup> CSJN, P. 127. XXIV. Parra de Presto, Stella Maris s/ inconstitucionalidad ordenanza general 207/77 I. 1354. 16/11/1993. Fallos 316:2539.

### **V.6.6 Recurribilidad de las sanciones menores**

Respecto a la inconstitucionalidad de normas que impiden la revisión de sanciones menores, se ha pronunciado el Alto Tribunal diciendo que: “Es inconstitucional el art. 21 de la ley 16.463, en cuanto confiere autoridad de cosa juzgada a las decisiones administrativas que imponen apercibimientos, e impide de ese modo su control judicial posterior”<sup>97</sup>.

### **V.6.7 El principio de tutela administrativa efectiva**

Ha sido receptado por la jurisprudencia de la CSJN con base en diversos Tratados con Jerarquía constitucional, y lo hizo frente a normas reglamentarias que establecían exigencias reñidas con el derecho de defensa, como el que consagrara como requisito para la presentación a un concurso el previo desistimiento de los recursos administrativos y judiciales<sup>98</sup>.

### **V.6.8 Sumario administrativo. Objeto. Sujetos alcanzados**

La PTN ha sostenido sobre el tópico que:

El sumario administrativo disciplinario regulado por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto n.º 467/99, se trata de un procedimiento especial, en el cual, el acto o resolución que ordena el sumario da inicio a un procedimiento que permitirá esclarecer si se ha cometido, o no un ilícito disciplinario, y, en su momento, la creación del acto administrativo que declarará al sujeto sometido, pasible o no de la sanción preestablecida (conf. Dict. 233:270; 262:125; 122:10)<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> CSJN, G. 639. XXXVIII. Gador S.A. s/ infracción ley 16.463 –causa n.º 1626/01–. 9/03/04. Fallos 327:367.

<sup>98</sup> Corte Sup., 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión”, Lexis n.º 35000964, Fallos 327:4183. Allí se decidió que: “El art. 3 inc. a resolución 16/1999 del COMFER., que aprobó las bases y condiciones del concurso público para adjudicar estaciones de radiodifusión, en cuanto dispone que los participantes debían desistir de todos los recursos administrativos y judiciales contra las disposiciones legales y reglamentarias y actos administrativos del COMFER. y la Comisión Nacional de Comunicaciones, viola al art. 18 CN. y las convenciones internacionales de derechos humanos, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”.

<sup>99</sup> Dict. n.º 334/08, 29 de diciembre de 2008. Expte. PTN n.º 186/2007. Universidad Nacional de Catamarca. (Dictámenes 267:632).

En el mismo asesoramiento, y respecto a los sujetos alcanzados, expresó que:

La sustanciación de un sumario administrativo disciplinario tiene por finalidad la aplicación de algunas de las sanciones, apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración, previstas en los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por Ley n.º 25.164, cuando se requiere la instrucción del sumario. En este aspecto, el primer párrafo del artículo 27 de dicha ley, prevé que el personal vinculado por una relación de empleo público y que revista en *planta permanente*, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas y en las condiciones que expresamente se establecen. Se trata de personal que, conforme con el artículo 7.º, reviste en el régimen de estabilidad y al cual el artículo 39 contra los actos que dispongan la aplicación de sanciones al personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen le otorga una opción en la vía recursiva. Una situación diferente, en el orden disciplinario es la del personal que podrá revistar en régimen de contrataciones, como personal de gabinete de las autoridades superiores, y que no goza de estabilidad.

Y en punto a su inaplicabilidad al personal carente de estabilidad, sostuvo que:

El segundo párrafo del artículo 27, de la Ley Marco establece que al personal comprendido en el *régimen de contrataciones, y de gabinete* se le aplicarán los preceptos de ese capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones. Sin embargo, ninguna reglamentación ha sido dictada para determinar cuáles preceptos y en qué condiciones se podrán aplicar estas disposiciones del régimen disciplinario. Por otra parte, el artículo 10, de la Ley Marco, respecto del personal de gabinete prevé que cesará en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integra y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento. A su vez, en cuanto al régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado previsto en el artículo 9 de la Ley Marco, en la Reglamentación aprobado por el Decreto n.º 1421/02 se establece que los contratos deberán contener como mínimo una cláusula a favor de la Administración Pública Nacional<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Criterio sostenido también en Dictamen n.º 178/09, 18 de septiembre de 2009. Expte. n.º 1-2002-4107000530-6/2005. Ministerio de Salud. (Dictámenes 270:217).

Sin embargo, Ivanega (2013, p. 193) ha sostenido que

[...] el instructor puede –salvo que la norma legal o reglamentaria se lo prohibiera– citar a prestar declaración informativa e incluso indagatoria a un agente en esas condiciones, con la salvedad de que no se encuentra obligado a presentarse y que ello no le aparejará consecuencias legales. Esta posibilidad permitiría que el citado pueda ejercer su derecho de defensa, en salvaguarda de su honor y su moral. En todo caso, el acto de cierre del sumario podrá expresar que de haber estado comprendido en el régimen disciplinario, hubiera sido posible de una sanción determinada. Ello si pudo ser indagado (por voluntad del propio agente) y, en consecuencia, presentar sus medios de defensa. De lo contrario, no podría imputarse, aun hipotéticamente, falta alguna.

### **V.7 Principio *Non Bis in Idem***

El referido principio, que constituye un límite a la potestad sancionadora estatal, veda la aplicación de una sanción más de una vez por la misma causa.

Dicha prohibición, rige sólo en tanto se trate de faltas cometidas en el ámbito disciplinario, sin que implique que obsta a la aplicación, por un mismo hecho, simultáneamente, de sanciones administrativas y penales, lo que se fundamenta en que –al decir de Comadira– ambas clases de reproche se basan en causas y responden a fines distintos (COMADIRA, 2001, p. 598).

Señala este autor, que

[...] la sanción disciplinaria tiene su causa en la relación de función o empleo que se cumple o se ha cumplido y agota su sentido en la protección del interés público secundario involucrado en el buen funcionamiento de la Administración; la sanción penal, en cambio, se basa en la potestad de imperio del Estado y persigue un fin que trasciende la mera protección del bien jurídico singular afectado [...].

El Dr. Coviello, en su voto en la causa “Rava” –citada *supra*–, ha sostenido en relación a este principio, lo siguiente:

Aunque es cierto que el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal son diferentes por su génesis, sus fines y sus sanciones, práctica y racionalmente ha de evitarse que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y en el procedimiento administrativo, pues la verdad judicial debe ser, en lo posible, única. Ello da como resultado que si se absuelve en la instancia penal a un funcionario, la sanción administrativa no sea procedente si se invocan los mismos hechos y circunstancias que sirvieron de base al pronunciamiento penal.

## V.8 Principio de Ley Penal más Benigna

Este principio, aplicable de manera irrestricta en el ámbito del derecho penal y procesal penal, no ha sido sin embargo concebido del mismo modo para el ámbito del procedimiento administrativo, dado que existen a su respecto posiciones encontradas.

Así, cabe tomar como ejemplo la posición de la PTN, quien ha dicho que: “[...] el principio de la ley más benigna, propio del Derecho Penal, no es aplicable en el ámbito disciplinario administrativo (conf. Dict. 209:40; 235:214, 219)”<sup>101</sup>.

Con anterioridad, se había pronunciado sosteniendo que:

Con respecto a la prescripción de la acción disciplinaria, de aceptarse en el ámbito administrativo-disciplinario, la vigencia del principio que impone la aplicación de la ley más benigna –conforme ocurre en la esfera represiva del derecho penal sustantivo–, la conclusión expuesta sería, ciertamente, objetable, pues es evidente que la situación en análisis debería ser resuelta, en esa hipótesis, al amparo de las normas que, al no prever causales de suspensión de la prescripción, conducirían, en la especie, a considerar extinguida la acción disciplinaria (conf. Dict. 198:60)<sup>102</sup>.

allí mismo sostuvo que:

En un planteo relativo a la aplicación de la ley más benigna en materia de prescripción, al establecerse que las correcciones disciplinarias no importan

<sup>101</sup> Expte. n.º 111-0051665-2/90. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación; 23 de febrero de 2001. (Dictámenes 236:414).

<sup>102</sup> Expte. n.º 485/97. Conicet; 13 de octubre de 2000. (Dictámenes 235:210).



el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, confirma que la regla de la ley penal más benigna no rige cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (conf. Fallos 310-I:316).

Al respecto, ha dicho la CSJN que:

La falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, después del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina (en el caso, el recurrente solicitó se haga lugar a la prescripción opuesta –art 38, ley 22140– teniendo en cuenta que es una disposición más benigna).<sup>103</sup>

También sostuvo el Alto Tribunal que:

El principio de la ley penal más benigna rige en materia penal y debe rechazarse su invocación con fundamento en lo dispuesto por el art. 3 de la ley 22140 por tratarse en el caso del control del poder disciplinario y referirse el citado art. 3 a los plazos procesales. Asimismo, en el nuevo régimen, el funcionario tiene el deber de observar en el servicio y fuera de él una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con su jerarquía y función (art. 27); y su violación –en el caso en que se genere una objetiva desconfianza en los superiores– lleva a mantener la cesantía con apoyo en el art. 32, inc. F) de dicha ley<sup>104</sup>.

## **V.9 Principio *In Dubio Pro Imputado***

A tal respecto, la Jurisprudencia tiene declarado que:

En materia disciplinaria el principio de duda no tiene el mismo alcance que en la legislación penal (art. 431, cód. procesal penal-Bs.As), al igual

<sup>103</sup> CS, Febrero 17, 1987. *ED*, 123-395.- Con nota de Germán J. Bidart Campos.

<sup>104</sup> CS, Agosto 8, 1985, “Caputo, Luis O”. Repertorios ‘El Derecho’ n.º 20.

que los restantes institutos del derecho administrativo, en virtud de la diferente materia sobre la que ambos regímenes recaen, justificándose por la naturaleza correctiva de las mismas, y por la especialísima relación de empleo en la que puede adoptárselas, caracterizada por una férrea disciplina a cuyo mantenimiento contribuyen las normas bajo análisis<sup>105</sup>.

Sin embargo, en el orden federal<sup>106</sup> se ha pronunciado por la aplicación del principio de referencia, diciendo

La suspensión impuesta al oficial de la Marina Mercante Nacional en razón de haber incurrido en varadura por error de ruta, producto de una actitud imprudente –conforme lo dispone el art. 599.0101, inc. b) del Reginave–, debe revocarse cuando existe un serio margen de duda acerca de si existió o no tal imprudencia. Supuesto en el cual resulta aplicable lo dispuesto por el art. 701.0006 del citado ordenamiento.

## V.10 Razonabilidad y Proporcionalidad. Exceso de Punición

El principio de razonabilidad, que se extrae del art. 28 de la Constitución Nacional, hace referencia a la adecuada proporcionalidad que debe existir entre las medidas que el acto involucra, y la finalidad que el mismo persigue, y constituye uno de los límites del obrar discrecional, operando así como medio de interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la Administración Pública.

Como tal, es un principio que permite apreciar, en cada caso concreto, cuando la sanción aplicada guarda relación con la falta imputada y debidamente comprobada, puesto que de existir desproporción, el acto se transforma en arbitrario y, por tanto, deviene ilegítimo<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n.º 3, Secretaría n.º 5, Mar del Plata, Fecha: octubre 7-1997. ED, 177-445.

<sup>106</sup> Cám. Nac. Apel. Con. Adm. Fed., Sala I, febrero 18-1998, “Martínez, Mario O. c. Prefectura Naval Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 18/06/1999, p. 33. En la nota al fallo, titulada “Discrecionalidad cero”, señala Gordillo (2011) que “No existe discrecionalidad alguna para aplicar una sanción cuando no está probada la culpa. Esta es la correcta doctrina que el fallo acertadamente aplica, aunque reitera en el primer párrafo del capítulo cuatro la antigua e inexacta versión”.

<sup>107</sup> Ver supra, el criterio sentado por la CSJN en la causa “Fadlala de Ferreyra, Celia Ramona” del 22-03-1984, Fallos 306:126.

A tal respecto, la Jurisprudencia tiene declarado que

[...] El Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos administrativos de carácter disciplinario que emanan de la administración, comprendiendo el ámbito posible de la intervención de los magistrados, no sólo el control judicial de su regularidad, sino también la razonabilidad de las medidas que los funcionarios adopten en ejercicio de sus facultades, por lo que los jueces pueden anularlas cuando aquéllos hayan incurrido en arbitrariedad manifiesta<sup>108</sup>.

En la misma causa, sostuvo además que:

La apreciación que efectúan las juntas de calificaciones respecto de la aptitud del personal para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro, comporta el ejercicio de una actividad discrecional, no correspondiendo a los jueces sustituir el criterio de dichos organismos, salvo arbitrariedad o irrazonabilidad.

Agregó que:

No se advierte que la Junta de Calificaciones haya actuado arbitrariamente si declaró al oficial actor no propuesto para permanecer en actividad por cuanto su proceder había puesto en evidencia una total falta de ética profesional y personal, falta de lealtad hacia la institución, circunstancias agravadas por su calidad de oficial superior, por lo que dejó de merecer la confianza de sus superiores inhabilitándolo para permanecer en las filas de la Prefectura Naval Argentina.

En la causa “Demchenko”<sup>109</sup>, el Alto Tribunal de la Nación ha establecido que “La facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de ésta”; agregando que: “La discrecionalidad no

<sup>108</sup> CNCont.-adm. Fed. , sala V Fecha: noviembre 26-1997, in re: “Delgadillo, Ernesto José c. Ministerio de Defensa Prefectura Naval Argentina”, ED, 177-503.

<sup>109</sup> CSJN, “Demchenko, Iván c. Prefectura Naval Argentina”, noviembre, 4 - 1998. ED, 183-966.

implica en modo alguno una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley”.

En fecha más reciente, se ha hecho aplicación de dicho principio, en un caso donde se sancionó a un diplomático en situación de retiro, por hechos realizados en su ámbito privado, sosteniendo que

[...] La sanción de exoneración aplicada al actor es inválida, pues existe falta de proporción de medio a fin entre las medidas que dicho acto involucra y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al Ministro de Relaciones Exteriores la potestad disciplinaria sobre el personal del servicio exterior de la Nación, en tanto que el accionante ya había sido relevado de sus funciones y le había sido aplicada la sanción de retiro obligatorio prevista en el art. 41, inc. b), ley 20.957. De lo cual resulta que el único efecto legal derivado de dicha exoneración ulterior es la pérdida de los haberes de retiro que le habían sido reconocidos previamente al sancionarlo con el retiro obligatorio [...] <sup>110</sup>.

Cuando la sanción aplicada no guarda proporción con la falta cometida, se configura lo que la doctrina ha dado en llamar el vicio de “exceso de punición” (MARIENHOFF, 1989, p. 963; COMADIRA, 1990, p. 273; COMADIRA, 1996, p. 73 y ss.).

Al respecto, la CSJN se ha pronunciado en el caso “Nassif, Eybel O.” (CSJN, agosto 19-1964. La Ley, 117-185), en los siguientes términos:

Si bien la cesantía y la exoneración tienen como efecto común separar al agente civil de la Administración, no puede admitirse que el Poder Ejecutivo pueda aplicarlas indistintamente según su criterio discrecional, pues el decreto-ley 6666/57 enumera las sanciones aplicables, en escala de gravedad creciente hasta llegar a la cesantía y separadamente, a la exoneración, operando ésta efectos complementarios respecto de los derechos jubilatorios y el posible reingreso a la Administración.

---

<sup>110</sup> CSJN, 05/09/2006, “Spinosa Melo, Oscar Federico c. E.N. – M.º de Relaciones Exteriores, Comer. Internacional y Culto s/empleo público” (S.331.XXXIX y S.205.XXXIX) –Fallos 329:3617– [EDA, (31/10/2006, nro 11.625)].

Asimismo, dijo el Alto Tribunal que:

En materia de poderes disciplinarios de la Administración sobre el personal, se requiere a los fines de la aplicación de las sanciones, que la vinculación de gravedad equivalente con las previstas en forma expresa, y el control de legalidad impone la adecuada configuración y clasificación de los hechos y que las sanciones se ajusten a su texto.

Y en lo que directamente se relaciona a la consecuencia del exceso de punición, estableció lo siguiente: “Aún cuando el acto administrativo impugnado sea vulnerable por haberse excedido en la sanción imponible aplicando la exoneración, corresponde dejar sin efecto ésta, pero no ordenar la reincorporación, dado que la sentencia ha comprobado infracciones que autorizan la cesantía”.

Como fácilmente se colige del fallo, la falta administrativa existió y fue debidamente acreditada en el expediente, pero la gravedad de la misma autorizaba la aplicación de la sanción de cesantía, y no la de exoneración, efectuando para ello la Corte el análisis respecto de la razonabilidad de la sanción aplicada, confrontada con los hechos comprobados<sup>111</sup>.

## **V.11 Relaciones entre el Procedimiento Disciplinario y el Proceso Penal**

Al respecto, ha dicho la Jurisprudencia que:

En el sumario administrativo los elementos de convicción acumulados deben apreciarse con criterio de responsabilidad administrativa y no penal y es total la independencia con que corresponde juzgar la conducta del funcionario en el ámbito del derecho administrativo, con respecto a la valoración que podría ella merecer al ser enjuiciada dentro de otros ordenamientos jurídicos.

---

<sup>111</sup> Sobre el tópico, apunta SESÍN que “[...] Para la Corte Suprema, entonces, en casos excepcionales, relativos al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, los jueces no sólo pueden invalidar el acto ilegítimo sino también sustituirlo por una sanción inferior. Ello no vulnera la división de poderes ni implica introducirse en cuestiones de oportunidad o mérito, sino que, para la Corte, tal proceder transcurre en el marco de la interpretación de la ley, dentro de lo reglado, relativo a la proporcionalidad de la medida y la finalidad de la norma.” (SESÍN, 2004, p. 231).

Aunque juzgados los actos ante la jurisdicción penal o civil, podrían suponerse improbados, atípicos o irrelevantes, pero ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción administrativa<sup>112</sup>.

La CSJN tiene declarado que:

Corresponde confirmar la sentencia que mantuvo la resolución administrativa por la cual se exoneró a un agente, considerando que los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal<sup>113</sup>.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, se ha pronunciado al respecto diciendo:

El derecho disciplinario no tiene, por su propia finalidad, el rigor ni la inflexibilidad que requiere la violación de las normas de derecho penal sustantivo, de allí que el pronunciamiento administrativo sea independiente del judicial y la absolución o el sobreseimiento penal no obstan a las sanciones administrativas<sup>114</sup>.

En el citado pronunciamiento, también expresó lo siguiente: “El juzgamiento de actos administrativos de derecho disciplinario ante la jurisdicción penal o civil por el que se los considere improbados, atípicos o irrelevantes, de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción contencioso administrativo”.

Asimismo, en otra causa dijo:

La exoneración decretada en sede administrativa, juntamente con la pérdida del beneficio del retiro previsto en el art. 68 del reglamento de disciplina de la Prefectura Naval Argentina, se sustenta en el poder disciplinario de la

<sup>112</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n.º 3, Secretaría n.º 5, Mar del Plata, octubre 7-1997. *ED*, 177-445.

<sup>113</sup> CS, Febrero 17, 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

<sup>114</sup> CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, Febrero 26, 1987. *ED*, 124-416.

administración sobre sus miembros, y por lo tanto, resulta independiente de la sanción penal que pudiere recaer en sede judicial por la Comisión del delito<sup>115</sup>.

De igual manera, se ha pronunciado diciendo:

En tanto el acto de la Policía Federal Argentina por el cual se declaró inepto al actor para el servicio efectivo en dicha institución se apoyó en la existencia de fallas profesionales y éticas en la conducta del agente, que le habían acarreado la pérdida de confianza de sus superiores en cuanto a sus aptitudes para continuar en el cargo, cabe considerar improcedente la pretendida declaración de nulidad del mismo; sin que resulte óbice a ello la falta de condena en sede penal, pues las denuncias efectuadas en contra del accionante no pueden ser dejadas de ser consideradas a los fines administrativos para establecer su permanencia en la institución<sup>116</sup>.

En algunos casos, no obstante, se ha sostenido que existe una vinculación entre lo resuelto en sede penal, con incidencia en el sumario administrativo.

Así, se ha dicho que:

La doctrina de la independencia de las sanciones penales y disciplinarias no es absoluta, desde que, los valores ínsitos en una y otra especie de faltas, y sus consecuentes sanciones, que les confieren autonomía particular, no permite soslayar sin más las conclusiones a las que se llegue en sede judicial, cuando sean relevantes para calificar la conducta del agente<sup>117</sup>.

En sentido concordante, se ha dicho que:

Aunque es cierto que el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal son diferentes por su génesis, sus fines y sus sanciones, práctica y

---

<sup>115</sup> CNCont.-Adm. Fed, Sala IV, Agosto 19, 1982, “Gómez Cole, Augusto c. C. Estado Nacional, Comando en Jefe de la Armada, PNA”. Repertorio *ED* n.º 20.

<sup>116</sup> CNFedContenciosoadministrativo, Sala IV, “L. L.A. c. Estado nacional –M.º del Interior– Policía Federal Argentina s/retiro militar y fuerzas de seguridad”.

<sup>117</sup> CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 07-05-1997, “Abadía, César R. c. Servicio Penitenciario Federal”, *La Ley* 1998-B, 514, con nota de Douglas H. Lyall.

racionalmente ha de evitarse que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y en el procedimiento administrativo, pues la verdad judicial debe ser, en lo posible, única. Ello da como resultado que si se absuelve en la instancia penal a un funcionario, la sanción administrativa no sea procedente si se invocan los mismos hechos y circunstancias que sirvieron de base al pronunciamiento penal (del voto del doctor Coviello)<sup>118</sup>.

## **V.12 Posibilidad de Ejercer la Potestad Disciplinaria Luego de la Extinción de la Relación de Empleo Público**

Con relación al punto, la CSJN, en la causa: “Magallanes, Miguel A.”<sup>119</sup>, sentó el criterio según el cual, “El ejercicio de la facultad disciplinaria por parte de la Administración Pública presupone la subsistencia de la relación de empleo con el agente sancionado”, el cual ha permanecido sin cambio hasta el presente, al menos, en lo que hace al Alto Tribunal.

Incluso la PTN se ha mantenido fiel al criterio referenciado, en ocasión de tener que expedirse acerca de la viabilidad de imponer una sanción disciplinaria a un agente, por faltas cometidas durante el desempeño en otro Organismo, reflejándose en la siguiente doctrina:

Corresponde rechazar el recurso interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la Comisión Nacional de Energía Atómica, por la que se le aplicó la sanción de cesantía, pues dicha norma se ajustó a derecho, toda vez que el vínculo de empleo público no se extinguió en ningún momento, ya que el recurrente era agente de la mencionada Comisión antes de ser Presidente de ese organismo, y continuó siéndolo durante el ejercicio de ese cargo y luego de que le fuera aceptada su renuncia como tal. Por lo tanto, puede aseverarse que cesado su desempeño como Presidente y cesada también su licencia en el cargo que tenía reservado en la planta de ese organismo, esa Comisión se encontraba habilitada para instruir y resolver el sumario incoado a fin de juzgar los hechos cometidos durante el ejercicio de aquella función<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 30-11-1995, “Rava, Marta I. c. Estado nacional (Fiscalía de Investigaciones Administrativas)”, *La Ley* 1996-C, 459, con nota de Agustín - DJ 1996-2, 280; en idéntico sentido: CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 17-07-1997, “Sández, Marta S. c. Consejo Federal de Inversiones”, *La Ley* 1998-B, 540.

<sup>119</sup> CSJN, 06-12-1961. *J.A.*, 1962-VI, p. 556. En el caso, se declaró nulo el decreto que separó de sus funciones a un empleado público al que con anterioridad se le había aceptado la renuncia.

<sup>120</sup> Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).



Reiteró asimismo el Organismo asesor, que:

Los presupuestos para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, con relación a los funcionarios imputados por hechos ocurridos durante su desempeño en cargos extraescalafonarios, son, la subsistencia de la relación de empleo público y la subordinación jerárquica (conf. Dict. 105:209; 107:232).

Fundamentalmente, interesa destacar el criterio sentado, con relación a los casos en los cuales un agente hubiera cesado en la relación, y esta renace luego por un nuevo nombramiento, y en el supuesto, acerca de la factibilidad de ejercer la potestad disciplinaria en virtud de este nuevo ingreso a la Administración por faltas cometidas en ocasión de la primer relación fenecida. En tal sentido, ha dicho en el Dictamen citado, que:

Habiéndose extinguido la relación de empleo público y luego renacida aquélla en virtud de un nuevo nombramiento, nada impide, en razón de la situación de subordinación jerárquica causada por la designación, que se instruya un sumario y eventualmente se apliquen sanciones disciplinarias al agente si se comprobare la existencia de faltas sancionables cometidas en el anterior empleo.

Pero eso sí, siempre y cuando el sumario se hubiera iniciado con anterioridad a la extinción de la primera relación, puesto que ha dicho que: “La Administración no tiene atribuciones para sancionar a un agente cuyo vínculo hubiera cesado con anterioridad a la iniciación del sumario”.

Las razones que avalan tal proceder, según la Procuración, radican en que:

Habiendo renacido la relación de empleo público y su correlativa situación de subordinación jerárquica a causa de la nueva designación se trata de juzgar la conducta del imputado por los hechos cometidos con anterioridad, por la incidencia que esa conducta puede tener con respecto al desempeño en su nuevo cargo (conf. Dict. 96:393; 132:255).

Finalmente, ha sentado la doctrina siguiente:

Si bien la relación que había unido al causante con la empresa pública –en la que se había desempeñado con retención de su cargo– se había extinguido en virtud de la aceptación de su renuncia no dejó por ello de ser un agente estatal, desde que se reintegró a los cuadros de la Secretaría de Estado de los cuales nunca se había separado. Sostener lo contrario implica tanto como propugnar que un agente que presta servicios en un organismo administrativo y pasa a hacerlo en otro no podría ser sancionado en el nuevo destino por una falta cometida en el primero de ellos, lo que no es compatible con el buen orden administrativo y disciplinario (conf. Dict. 112:131).

A tenor de lo señalado, constituyen presupuestos necesarios para el ejercicio de la potestad disciplinaria estatal, la subsistencia de la relación de empleo público, y la consiguiente subordinación jerárquica; pero cabe sin embargo formularse el siguiente interrogante: ¿Qué sucede si el agente presenta su renuncia, y ésta es aceptada con anterioridad a la aplicación de alguna sanción, por vencimiento del plazo legal sin que se dicte el acto sancionatorio?<sup>121</sup>.

Al respecto, receptando en el punto la doctrina elaborada por Marienhoff y Comadira, se ha pronunciado la jurisprudencia federal en la causa “Musa”<sup>122</sup>, diciendo que:

El agente se hace acreedor a la sanción disciplinaria desde el momento mismo en que comete la falta –cuando todavía reviste el carácter de empleado o funcionario–, y por ende la Administración debe conservar su potestad disciplinaria hasta que, y luego de la sustanciación del sumario respectivo, aplique la medida que estime pertinente. Por lo tanto si el sumariado cesa en sus funciones antes del dictado de aquel acto, corresponde la anotación de la falta cometida y de la respectiva sanción, en el legajo personal –tal como ha ocurrido en autos–. Ello es así en tanto las consecuencias de la sanción de cesantía no se agotan con la exclusión del agente de los cuadros de la Administración., pues sus efectos se extienden al impedimento de su nuevo ingreso mientras no medie una autorización de la autoridad competente.

<sup>121</sup> Téngase en cuenta que en el orden nacional, el art. 22 de la Ley Marco de Regulación Empleo Público n.º 25.164 prescribe en su segundo párrafo que: “La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial”.

<sup>122</sup> Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Administrativo Federal, Sala II, del 15 de marzo de 2001, “Musa, José Osvaldo c/Resolución 215/99 - SMC Presid. de la Nación” (Exp. 977/93) (Causa n.º 38.570/99).

El referido fallo ha sido comentado por Florencio Travieso (2002), quien bajo el rótulo “La extinción de la relación de empleo público y la subsistencia de la prerrogativa disciplinaria de la Administración”, señala en relación a la doctrina nacional, que Marienhoff se ha pronunciado a favor de la subsistencia de la potestad sancionatoria una vez concluida la relación de empleo público, requiriendo el elemento del conocimiento o no, por parte de la Administración, de los hechos que justifican la sanción (MARIENHOFF, 1995, Cap. IX-E, p. 416 y ss.). Este autor reafirma su postura al referirse a la posibilidad de sancionar al agente que ha dejado el ejercicio actual (activo) de la función, hallándose, actualmente, en situación de pasividad (jubilado). En este sentido, se desprende que el cese definitivo del empleado o funcionario no supone necesariamente una desvinculación total ni importa la no subsistencia de todos los efectos de la relación de empleo público<sup>123</sup>.

Debe tenerse presente, en este sentido –agrega el autor citado–, lo previsto en la ley de Ética de la Función Pública (ley 25.188), la que, en su Capítulo V (Incompatibilidades y conflicto de intereses), su art. 15 prevé que las incompatibilidades e inhabilidades “regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o *sobrevengan* al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente”. Tal solución legislativa resulta similar a la que fuera prevista en el art. 28 de la ley 22.140, e incluido como argumento en la sentencia citada<sup>124</sup>.

### **V.13 El deber de Someterse a las Investigaciones. Irrecurribilidad de la Orden de Sumario**

Con relación a la posibilidad o no de impugnar el acto por el cual se ordena la instrucción de un sumario administrativo, ha sostenido la PTN que:

<sup>123</sup> Como nos recuerda Travieso (2002) “Bielsa, por el contrario, ha señalado que la pena debe aplicarse mientras exista la relación jurídica entre el empleado o funcionario y la Administración; extinguida la vinculación, la pena no tiene objeto [...] Fiorini, por su parte, advirtió que las sanciones disciplinarias sólo pueden aplicarse mientras existe el vínculo del agente con la administración pública; sostuvo que cuando es separado, o no pertenece más a los cuadros de la administración, ya no hay potestad disciplinaria y el administrador no tiene potestad para ejercerla, ya sea para promover sumario o para agravar la sanción que había impuesto”.

<sup>124</sup> El criterio referido ha alcanzado recepción normativa con el Decreto n.º 1.421/2002 (B.O. 09-08-2002), reglamentario de la Ley 25.164 de Empleo Público, cuando consagra en el Capítulo VII, “Régimen Disciplinario” en su artículo 27 lo siguiente: “La aplicación de las medidas disciplinarias previstas en el presente capítulo será procedente en tanto subsista la relación de empleo público. En el caso de haber cesado dicha relación, el sumario que se hubiere dispuesto deberá continuarse hasta su resolución. Si surgiera responsabilidad del respectivo sumario deberá dejarse constancia en el legajo del ex-agente de la sanción que le hubiere correspondido de haber continuado en servicio”.

La decisión de instruir un sumario no puede ser recurrida porque no implica un agravio ni afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo del sumariado, ya que solamente ordena una investigación y un trámite destinados a esclarecer los hechos, en el que el agente alcanzado por el sumario tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (conf. Dict. 251:72); Dict. n.º 65/06, 20 de marzo de 2006. Expte. n.º 2002-12923-/04. Ministerio de Salud y Ambiente. (Dictámenes 256:364).

Además, los agentes de la Administración no tienen derecho a repeler el sumario, sino, por el contrario, la obligación de someterse a él (conf. Dict. 99:146; 110:34; 159:113; 251:72).

También ha señalado el Alto Organismo Asesor, que:

La decisión de instruir no es susceptible de ser recurrida, pues dicho acto no puede afectar derecho o interés legítimo ya que sólo habilita para verificar los hechos. Luego del llamado a prestar declaración indagatoria, y el trámite se enderece hacia un sujeto determinado, el llamado del instructor a prestar declaración indagatoria es inimpugnable pues integra sus amplias y discrecionales facultades (Dictámenes 159:113).

Incluso, en el supuesto de adoptarse –durante la investigación sumarial– medidas preventivas como suspensiones y traslados, las mismas no resultan impugnables, toda vez que dependen de una evaluación legítima de mérito, oportunidad o conveniencia de las autoridades que se deriva de su poder disciplinario y que además, están legalmente limitadas en el tiempo (conf. Dict. 95:312; 98:37; 124:372; 151:590)<sup>125</sup>.

## V.14 Independencia del Instructor Sumarial

Respecto de la imposibilidad que se desempeñe como instructor sumarial alguien que, siendo abogado, no pertenezca a la planta permanente y/o que fuese contratado a tal fin, tiene señalado la PTN que:

---

<sup>125</sup> El criterio ha sido reiterado recientemente en Dictamen n.º IF-2022-58333794-APN-DND#PTN, 9 de junio de 2022. EX-2022-26778487-APN-DCTA#PTN. Procuración del Tesoro de la Nación. (Dictámenes 321:345).

Resulta improcedente que un profesional contratado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico desempeñe funciones de instructor sumariante. Ello así por cuanto el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto n.º 467/99<sup>126</sup> prevé expresamente que la sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva y estará a cargo de funcionarios letrados de planta permanente (Dict. n. 121/02, 8 de mayo de 2002. Expte. n.º 2495/02. Procuración del Tesoro de la Nación. Dictámenes 241:232).

Al respecto, ha dicho la PTN que:

La no designación de un instructor, único sujeto procesal con facultad para sustanciar un sumario disciplinario, cuya competencia está atribuida por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por Decreto n.º 467/99, –arts. 6, 8 y 10–, determina que la actividad cumplida resulta nula por haberse transgredido una forma esencial del procedimiento administrativo disciplinario, pues la investigación no fue cumplida por el órgano predispuerto para ello (Dictámenes 241:232).

Y la consecuencia que de ello se deriva, ha dicho la Procuración, es la siguiente:

La declaración de nulidad de un acto procesal importa determinar su ineficacia jurídica. De tal manera, el acto inválido quedará materialmente en el proceso, como cosa inerte, pero resulta incapaz de producir los efectos perseguidos, por lo que no podrá ser tenido en cuenta durante el trámite posterior. Tal ineficacia se extiende a la documentación adjuntada.

Siguiendo con la referencia normativa, el Decreto n.º 467/99, bajo el rótulo “Independencia funcional”, expresaba en su art. 15: “Los instructores

---

<sup>126</sup> El Reglamento de Investigaciones Administrativas de la Nación, aprobado por Decreto n.º 467/99 (B.O. 13-05-1999), disponía en su art. 6.º: “La sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva, y estará a cargo de funcionarios letrados de planta permanente”. Dicho Reglamento ha sido derogado y reemplazado por el aprobado mediante Decreto n.º 456/2022 del 03-08-2022 (B.O. 04-08-2022).

tendrán independencia en sus funciones, debiendo evitarse todo acto que pueda afectarla”.

Ello, en el orden nacional, resulta un corolario de la estabilidad con que deben contar los agentes que se desempeñen como Instructores sumariales, sin la cual, la independencia no resulta posible.

La norma transcripta, señala un principio elemental, que tiende a la imparcialidad de los instructores en el desarrollo de la tarea investigativa, tendiente a evitarse todo acto con entidad para afectarla<sup>127</sup>.

Al respecto, la CSJN ha dicho, si bien refiriéndose a los fiscales adjuntos, pero por análogos fundamentos que:

Los fiscales adjuntos deben mantener su independencia del Poder Ejecutivo, pues lo contrario atenta contra el buen funcionamiento de las instituciones de la República, desprestigiando al ente de control, y además daña la fe de los ciudadanos en cuanto a la transparencia y corrección que requiere el manejo de la cosa pública<sup>128</sup>.

Tampoco es posible que el instructor sumarial, siendo de planta permanente, revistare en un nivel inferior al sumariado.

En tal sentido se ha señalado que:

Si bien es cierto que el ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa le pertenece con exclusividad al organismo o ente del cual depende la persona a sancionar, esa potestad no debe ser confundida con la actividad instructoria y sus derivaciones. Tratándose de esta última, el superior jerárquico del instructor sumariante de la Dirección Nacional de Sumarios e

---

<sup>127</sup> Para que se vea que dista de ser una regulación aislada y que, por el contrario, es un principio general que campea en las regulaciones comparadas, cabe traer a colación la normativa española, concretamente, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (B.O.E. 17-01-1986), que en su artículo 30 prescribe: “En la Resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, de los establecidos en el artículo 25 de la ley 30/1984, de 2 de agosto. En el caso de que dependa de otro departamento, se requerirá la previa autorización del Subsecretario de cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija, se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario”.

<sup>128</sup> CS, noviembre 25-1997, (S-1413.XXXI) causa: “Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo” (del voto del doctor Bossert). *ED*, 178-224.

Investigaciones Administrativas no es el órgano que debe resolver el sumario sino el Procurador del Tesoro de la Nación [...] <sup>129</sup>.

En el orden nacional, existe la Dirección Nacional de sumarios como órgano competente para la instrucción de sumarios de las Autoridades superiores, habiéndose establecido al respecto que:

La intervención de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas sólo cabe cuando se cuestionan en forma expresa, a los efectos disciplinarios, la conducta de personal superior de la Administración Pública Nacional, siendo insuficiente para ello la simple mención, efectuada por el sumariante, de que es menester tomar una declaración indagatoria, sin informe explicativo de los hechos en que se funda esa apreciación (conf. Dict. 115:284) <sup>130</sup>.

### **V.15 Acerca de la “Pérdida de Confianza”**

Conforme dan cuenta algunos pronunciamientos, con la citada expresión suele justificarse como causal para la aplicación de sanciones expulsivas. Sin embargo, no es la confianza “subjetiva” del superior presuntamente perdida la que resulta relevante, en el ámbito de la relación de empleo público, sino la objetiva pérdida de confianza derivada de la fehaciente comprobación de la inconducta de un agente público.

Al respecto, señala Fabián Canda (2002, p. 1-5) que “la pérdida de confianza’ es un instituto con fuerte arraigo en el derecho laboral (privado), en el que suele ser invocado como causal justificativa del distracto”. Agrega que

en el marco de la relación de empleo público, la “pérdida de confianza” del derecho laboral se convierte en “pérdida objetiva de confianza”, con el evidente propósito de despojar al instituto de todo vestigio de subjetividad... Por cierto el agregado del adjetivo “objetiva”, persigue la plausible finalidad de evitar que el funcionario que debe decidir la aplicación de la sanción pueda fundarla en su sólo ánimo, veleidad o convicción. Es que, siendo la

<sup>129</sup> Res. PTN n.º 92/02; 14 de noviembre de 2002. (Dictámenes 243:412).

<sup>130</sup> Dict. n.º 285/03, 13 de mayo de 2003. Expte. n.º 7740/99. Secretaría de Cultura. (Dictámenes 245:312).

Administración una organización incardinada a la satisfacción del interés público, lo que importa no es si el superior tiene, o no, confianza en su subordinado, sino si éste cumple, o no, con la juridicidad vigente, atendiendo a la mencionada satisfacción del bien común.

Puntualiza que

[...] A diferencia de lo que sucede en el ámbito privado (donde, si quiere, el empresario puede prescindir de un empleado que objetivamente, sea el mejor, por el sólo hecho de que, desde su subjetividad, le ha perdido la confianza), en el ejercicio de la función administrativa la pérdida de confianza en el inferior sólo interesa y puede ser hecha valer cuando se vea amparada por hechos objetivos que, de por sí, resulten causal suficiente para la aplicación de la sanción pertinente<sup>131</sup>.

Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia que: “[...] la sola mención de la pérdida de confianza no puede bastar por sí sola para la imposición de una sanción de la gravedad de la impugnada [...]”<sup>132</sup>.

Es decir, no constituye una causal autónoma para la adopción de la medida disciplinaria ni tampoco como agravante para aplicar una sanción mayor a la que correspondería en atención a los hechos objetivamente probados<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Concluye el autor diciendo que: “[...] B) que la norma que establezca a la pérdida objetiva de confianza como causal autónoma y exclusiva para la aplicación de determinada sanción no resiste el test de razonabilidad que, como condimento de la juridicidad, debe reunir todo acto estatal, en la medida en que no permite conocer, con un mínimo de previsibilidad, qué es lo que se espera del agente público o, lo que es lo mismo, qué conductas de éste producirán como efecto: a) la pérdida de confianza y b) la aplicación de sanciones. C) que no es admisible la invocación del instituto para aplicar sanciones más graves de las que, a la luz de la prueba reunida, resulte posible imponer. De así hacérselo, se verán agraviados los principios de proporcionalidad y de in dubio pro reo. D) que, en cambio, el quicio razonable por el que debiera discurrir la ‘pérdida objetiva de confianza’, es el de considerarla un elemento más a tener en cuenta por la Administración, para determinar si corresponde o no la aplicación de determinada sanción disciplinaria. En estos supuestos, la pérdida en cuestión no constituye sino una consecuencia necesaria de la inconducta grave debidamente acreditada”.

<sup>132</sup> CNACAF, Sala I, “S. M. c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – s/Empleo Público”, 26-08-2002.

<sup>133</sup> Asimismo, resulta interesante el caso resuelto por la CSJN en fecha 23-09-2003, autos: “Cobos, Jorge Oscar y otros c/ Estado Nacional - Secretaría de Desarrollo Social”, Fallos 326:3593, con nota de Canda (2005, p. 907-912).



## V.16 Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Sede Administrativa

Frente a una disposición como la del artículo 38<sup>134</sup> de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional n.º 25.164, que establece un plazo de caducidad de 6 meses para llevar a cabo las investigaciones disciplinarias, y a fin de que no se vea cercenada la potestad disciplinaria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la Procuración del Tesoro de la Nación entendió que la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de no aplicarla, por considerar que existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad<sup>135</sup>.

Sostuvo el Alto Organismo Asesor, recordando la doctrina sentada por el Prof. Marienhoff cuando fuera Procurador del Tesoro en Dictámenes 84:102 (1963), que:

Corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

El temperamento apuntado parecería respaldado por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha sostenido en varios precedentes que todos los órganos, incluido los jueces, de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana,

están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de

<sup>134</sup> B.O. 08-10-1999. Prescribe el Artículo 38: “Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada”.

<sup>135</sup> Dict. n.º 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. n.º 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana... y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>136</sup>.

### **V.17 El Caso “Perrone y Preckel vs. Argentina” y la Garantía de Plazo Razonable**

El 8 de octubre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dictó una Sentencia mediante la cual declaró que el Estado de Argentina es responsable de la violación de la garantía del plazo razonable, prevista en el artículo 8.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel<sup>137</sup>.

Sin embargo, concluyó que el Estado no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto ambos, por la indebida motivación de las decisiones judiciales que desestimaron sus pretensiones ni por la falta de acceso a un recurso judicial efectivo.

En efecto, y dejando de lado la fecha en que ocurrieron los hechos –década del 70 del siglo XX– y que no estaba vigente aún en Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos, ambas personas, empleados de la entonces Dirección General Impositiva, fueron objeto de privación de su libertad durante el gobierno de facto, y uno de ellos debió exiliarse, quedando desvinculados *inter tantum* del empleo que ejercían en el ente autárquico dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>136</sup> Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones”, sentencia del 24/2/2011, serie C, nro. 221, párrafo 193; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26/9/2006, serie C, nro. 154, párrafo 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24/11/2006, serie C, nro. 158, párrafo 128; “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 1/9/2010, serie C, nro. 217, párrafo 202; “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24/11/2010, serie C, nro. 219, párrafo 176; “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26/11/10, serie C, nro. 220, párrafo 225; “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 29/11/2011, serie C, nro. 237, párrafo 93.

<sup>137</sup> Corte IDH. “Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 8 de octubre de 2019, Serie C n.º 384, disponible en <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_385\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf)>.

Luego, al ser reincorporados en los años 1982 y 1984, ambos dedujeron reclamos administrativos tendientes al pago de los haberes no percibidos mientras estuvieron separados del empleo por causas ajenas a su voluntad, que al ser denegados en sede administrativa, motivaron la promoción de sendas acciones judiciales, que llegadas a la CSJN, tuvieron como resultado una negativa a sus pretensiones, con base a la constante jurisprudencia doméstica que postula el no-derecho al cobro de haberes por funciones no desempeñadas<sup>138</sup>.

Pero lo cierto es que dicho aspecto ha salido indemne a la luz del escrutinio internacional, mostrando la Corte IDH cierta deferencia respecto de la manera en que el derecho interno ha resuelto la cuestión planteada (al respecto, puede verse ROSATTI, 2015). Solamente ha condenado a la Argentina por la violación de la garantía de plazo razonable, reparando en que la duración total desde que cada uno dedujo el reclamo administrativo hasta la sentencia de la CSJN, transcurrió un periodo total de alrededor de 11 años, lo que se entendió violatorio de dicha garantía.

#### **V.18 El Principio de Proporcionalidad como Estándar de Control Judicial de las Restricciones Impuestas en la Pandemia**

Las restricciones impuestas con motivo de la pandemia en diferentes latitudes generaron casi inmediatamente respuestas jurisdiccionales ante planteos efectuados por quienes se consideraron afectados por tales medidas, y en todos los casos estuvo presente el principio de proporcionalidad, como una especificación del clásico principio de razonabilidad, originalmente estudiado en nuestro medio por Linares (2002), luego por Cianciardo (2009), pero que a la fecha ha sido tratado en las más variadas latitudes (por ejemplo, las obras de BARAK, 2017; BERNAL PULIDO, 2007; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007).

Dicho principio fue utilizado por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”<sup>139</sup>, Considerando 10.º, expresando que:

---

<sup>138</sup> Así, por ejemplo, CSJN, 21/05/1996, “Perrone, Elba Clotilde c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva”, Fallos 319:844, sostuvo en el Considerando 8.º) “[...] no ha existido disposición expresa que permita hacer excepción al principio esencial en materia de salarios, cual es, que no procede el pago de sueldos por funciones no prestadas (Fallos: 297:427; 307:1199 y muchos otros) [...]”.

<sup>139</sup> CSJN, del 15-06-2010 (Fallos 333:1023).

[...] si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas “injunctions”, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba [...].

En función de los conceptos brindados en torno al principio de proporcionalidad, analizaré algunos pronunciamientos tanto nacionales como comparados, donde en todos ellos se efectuó un control judicial en base al principio en cuestión.

Así, por ejemplo, mediante sentencia del 14-4-2020, el Tribunal Constitucional Alemán consideró irrazonable la limitación del derecho de reunión dispuesto por una Ordenanza municipal de Hesse.

La Suprema Corte del Estado de Wisconsin (Estados Unidos), en fecha 13-05-2020, declaró la ilegitimidad de la prórroga de la cuarentena dispuesta por la Legislatura.

El Consejo de Estado francés, en fecha 18-5-2020, ordenó al Estado que cese, sin demora, de llevar a cabo medidas de vigilancia por drones, por violación del derecho a la privacidad, disponiendo en su Artículo 3: “El Estado pagará a la asociación ‘*La Quadrature du Net*’ y a la Liga de los Derechos Humanos la suma de 3000 euros a cada una en virtud del artículo L. 761-1 del código de justicia administrativa”.

Por su parte, se destaca la Sentencia del 3-6-2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Zaragoza (España), por la cual hizo lugar a la demanda del Sindicato Fasamet frente al Servicio Aragonés de Salud (SAS), el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), y frente a la Administración territorial matriz, la Diputación General de Aragón (DGA), declarando que las Administraciones empleadoras demandadas han vulnerado los derechos de los trabajadores/empleados públicos (funcionarios, personal estatutario y personal laboral, del Grupo de clasificación A, Subgrupos A1 y A2) de la provincia de Teruel, en materia de prevención de riesgos laborales, poniendo en riesgo grave su vida, integridad física y salud.

Por su parte, en la CSJN argentina se han registrado diferentes pronunciamientos motivados por las restricciones provocadas por la pandemia, y que referiré someramente, los que se caracterizaron por haber efectuado un intenso control de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas adoptadas por los diferentes niveles estadales.

- a. Uno de los primeros, y que tocara de cerca a mi provincia, fue el caso “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 10 de septiembre de 2020 (*Fallos* 343:930).

Allí explicó que, si bien era cierto que las provincias podían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto por el decreto 297/2020, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso, resultaba un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que se le impidiese al actor el traslado para asistir a su madre. En relación a ello, destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido una Declaración del 9 de abril de 2020, en la cual indicaba que todas las medidas que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptasen para hacer frente a la pandemia y pudieran afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos. En función de lo expuesto, la Corte decidió que las restricciones a la circulación que pretendían imponerle al actor no resultaban razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales.

- b. Un segundo precedente –aunque el primero relativo a la Provincia de Formosa– es el caso “Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo”, del 19-11-2020 (*Fallos* 343:1704).
- c. Otro caso que merece destacarse, también respecto de la provincia de Formosa, es el FRE 36/2021, “Petcoff Naidenoff, Luis s/ incidente de inhibitoria”, sentencia del 25 de febrero de 2021 (*Fallos* 344:126).

En b. y c., reiteró la Corte que, aun ante el escenario de emergencia verificado en el marco del COVID-19, las medidas que se adoptasen para hacer frente a la pandemia y conllevasen la regulación de derechos fundamentales debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. Así, afirmó que la restricción a la libertad corporal debía satisfacer exigencias de razonabilidad.

Por ello, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, y previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, resolvió requerir información

a la Provincia de Formosa sobre la situación denunciada y encomendar a las autoridades públicas que llevaran a cabo las gestiones necesarias para que sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

Otro caso similar a los reseñados, fue el recaído en CSJN, 12/03/2021, “Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de S/Acción declarativa de certeza - (Expediente Digital)”, CSJ 1828/202012/03/2021 (*Fallos* 344:316).

El poder de policía de emergencia, uno de cuyos límites –la razonabilidad– más modernamente principio de proporcionalidad, ha sido crucial para el ejercicio del control de las medidas restrictivas adoptadas durante la pandemia Covid-19.

## VI CONCLUSIONES

De los principios tradicionales, tanto los existentes en la ley nacional, como en las normas provinciales –en especial las analizadas–, advertimos una tendencia a profundizar los principios tradicionales, desgranándolos en diversas manifestaciones, pero susceptibles de ser vinculados entre sí, como ser, debido proceso, plazo razonable y participación ciudadana.

En rigor, constituyen un norte que alumbra al procedimiento administrativo, como cauce formal de la función administrativa del Estado.

Destacamos la explícita mención –de la ley mendocina– de los principios “*pro homine*”<sup>140</sup>, o bien, el apartado destinado a las personas en situación de vulnerabilidad, así como del principio de buena administración.

En definitiva, apreciamos una paulatina humanización de la regulación procedimental administrativa, colocando como eje a la persona humana y a su dignidad<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> Ha dicho la CSJN que: “*El principio pro homine, connatural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, imponiéndose esta pauta aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales*” (CSJN, 03/05/2007, “Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos*: 330:1989).

<sup>141</sup> Cabe reconocer que el principio de dignidad humana ya fue incorporado como prisma hermenéutico por la Constitución de la Provincia de Misiones del año 1958, en sus artículos 8, 9 y 29, expresando en tal sentido: Artículo 8.º.- El Estado tutela la seguridad de todos y cada uno de los habitantes de la Provincia; a tal fin se declaran inviolables los derechos y garantías a que se refiere el artículo precedente y los que posibiliten el pleno desarrollo de la personalidad y dignidad humanas; Artículo 9.º.- Los habitantes en la Provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, la que deberá tener acción y fuerza uniformes para todos y

Y en lo que al régimen disciplinario se refiere, caben expresar las siguientes conclusiones:

1. el Derecho disciplinario se encuentra fuertemente inspirado por los principios que se han desarrollado en el derecho penal, aunque con algunos matices, con base en el desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, tanto de los tribunales judiciales, como de la jurisprudencia administrativa que dimana de los dictámenes de la PTN;
2. en punto a las responsabilidades de los agentes públicos, la disciplinaria puede concurrir con otras –penal, patrimonial, política–, destacando las relaciones existentes entre las distintas esferas y su recíproca influencia;
3. ha sido notable la gravitación ejercida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo cuyo norte se han pronunciado en los últimos decenios los tribunales argentinos, ejercitando no sólo el control de constitucionalidad clásico, sino el control de convencionalidad, lo que ha evidenciado un acercamiento mayor con los principios penales, tal el caso del derecho a ser juzgado en un “plazo razonable”, en punto a la duración de los procedimientos disciplinarios; o en punto al principio de “tutela administrativa efectiva”;
4. queda abierta al análisis la posibilidad de que el mentado control de convencionalidad sea ejercido incluso por la propia Administración, que es lo que parece surgir del caso “Gelman”;
5. en definitiva, los Tratados de Derechos humanos, que en la Argentina ostentan jerarquía constitucional, y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, contribuirán seguramente a humanizar los procedimientos sancionatorios, y a delimitar debidamente las potestades de las autoridades administrativas, y es una tendencia que parece consolidarse.

Tales apreciaciones constituyen los lineamientos que sirven hoy al quehacer de la Administración Pública, en el ejercicio de su poder disciplinario, en aras a lograr con el mantenimiento de su buen funcionamiento en aras al bien común.

---

asegurar igualdad de oportunidades. Cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al bienestar común y el correlativo derecho de participar de sus beneficios; Artículo 29.- Los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que ésta misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que hacen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, a la seguridad y a la dignidad humanas.

## REFERENCIAS

BARAK, Aharon. Palestra: proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BREWER CARÍAS, Allan R. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Bogotá: Legis, 2003.

CANDA, Fabián Omar. La denominada “pérdida objetiva de confianza” como causal de remoción en la relación de empleo público. En: **El Derecho**, Suplemento Administrativo 29-11-2002.

CANDA, Fabián Omar. La ruptura de la relación de empleo público por la causal de “pérdida objetiva de confianza” en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En: COMADIRA, Julio Rodolfo (Dir.). **Elementos de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2005. (Colección de Análisis Jurisprudencial).

CANDA, Fabián Omar. Responsabilidad administrativo-disciplinaria de los ministros del poder ejecutivo. En: **Anuario de Derecho de la Universidad Austral**, n. 2, Buenos Aires, Ed. Universidad Austral, 1996.

CARNOTA, Walter F. De nuevo sobre valiosos precedentes en el control de convencionalidad en sede administrativa: comentario a la Resolución 1729/13 de la Decana Facultad de Derecho de Córdoba. En: **ElDial.com**– DC1B52, publicado el 16/09/2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Depalma, 2009.

COMADIRA, Julio Rodolfo. **Acto administrativo municipal**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo. En: **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo. En: **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Depalma, n.º 4, Mayo-Agosto 1990.



COMADIRA, Julio Rodolfo. La actividad discrecional de la administración pública: justa medida del control judicial. En: **El Derecho**, Serie Especial de Derecho Administrativo del 29-3-99.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La actividad discrecional de la administración pública: justa medida del control judicial. En: **EDial.com**, Suplemento Administrativo, 27-06-2003.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La responsabilidad disciplinaria del funcionario público. En: **Responsabilidad del estado y del funcionario público**: Jornadas Universidad Austral, Facultad de Derecho. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 2001.

CRAIG, Paul; SCHONBERG, Soren. Substantive legitimate expectations after coughlan. En: **Public Law**, Sweet & Maxwell, p. 683-685, 2000.

DOCOBO, Jorge José. La aplicación de los principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, IV, 1996.

DOCOBO, Jorge José. Potestad disciplinaria de la administración pública. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, 1970.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración: contribución a la teoría del estado de derecho. En: **Revista de Administración Pública**, t. 34, p. 11-51 [196...].

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. Derecho administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, 2003.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. La potestad sancionatoria de la administración pública. En: **Revista Actualidad en el Derecho Público**, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, n.º 8, sept.-dic. 1998.

GOANE, René Mario. El poder disciplinario de la administración pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional). En: CASSAGNE, Juan Carlos (Ed). **Derecho Administrativo en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 1.013-1.048.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. 10. ed. t. 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo (FDA), 2011.

GRECCO, Carlos Manuel; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la República Argentina (glosas preliminares). En: **Revista Documentación Administrativa**, Madrid, INAP, n.º 267-268, Septiembre 2003-Abril 2004. (Número Especial titulado El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales, I).

IVANEGA, Miriam M. **Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa**. 2. ed. actual. Buenos Aires: RAP, 2013.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes. **El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la administración del estado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

LINARES, Juan Francisco. La competencia y los postulados de la permisión. En: **Revista Argentina de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. Universidad del Museo Social Argentino, n.º 2, 1971a.

LINARES, Juan Francisco. La garantía de defensa ante la administración. In: **La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, n. 147, p. 1.137 ss., 1971b.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**: el “debido proceso” como garantía innominada en la constitución argentina. 2. ed. actual. Buenos Aires: Astrea, 2002. 2.ª reimpresión.

LORENZO DE VEGA JAIME, Susana. **Sanciones administrativas**. Montevideo: Julio César Faira, 1996.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. **El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público**. Buenos Aires: La Ley, 1989.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. En: **RDA**, núm. 91, p. 121 ss., 2014.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de derecho administrativo**. Traducción del Portugués por Valeria Estefanía Labraña Parra. México (DC): Porrúa, 2006.

NIETO, Alejandro. Derecho penal y derecho administrativo sancionador. En: JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN HOMENAJE DE GUSTAVO A. REVIDATTI. 1997. Corrientes, en septiembre de 1997.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Madrid: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia. En: VIGO, Rodolfo Luis (Ed.). **En torno a la democracia**. Santa Fe-Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1990.

PAREJO ALFONSO, Luciano; SALOMONI, Jorge Luis. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. En: MUÑOZ, Guillermo Andrés (Dir.). **Problemática de la administración contemporánea**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano; SALOMONI, Jorge Luis. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. En: MUÑOZ, Guilherme Andrés (Dir.). **Problemática de la administración contemporánea**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

PIELOW, Johann-Christian. Los procedimientos administrativos en Alemania. En: PAREJO ALFONSO, Luciano; VAQUER CABALLERÍA, Marcos. **Estudios sobre el procedimiento administrativo: derecho comparado**. v. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Harvard: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. **Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia**. Madrid: Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas**. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

ROSATTI, Horacio D. Globalización, convencionalidad y estatidad: sobre el “margen de apreciación nacional” en la aplicación de normas internacionales. En: CARNOTA, Walter (Dir.). **Derecho de la integración y control de constitucionalidad**. Buenos Aires: La Ley, 2015.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. **El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración**. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. **El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: un análisis jurídico desde el derecho español**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa. En: **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Civitas, n. 114, p. 233-264, 2002.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: LexisNexis, Depalma, 2004.

TAWIL, Guido Santiago. ¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria? En: **El Derecho Administrativo**, 2007.

TAWIL, Guido Santiago. El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo. En: **La Ley**, 1985.

TRAVIESO, Florencio. La subsistencia de la facultad disciplinaria de la administración luego de la extinción de la relación de empleo público. **ElDial.com**, Suplemento Administrativo, del 18-02-2002. (Comentario al Fallo “Musa”).

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El ciudadano colaborador en contratación administrativa argentina. En: **Cuadernos de Mariñán**, Diputación provincial de La Coruña, 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La participación de la sociedad civil en la gestión pública. En: **Cuestiones estructurales de derecho administrativo, instituciones, buena administración y derechos individuales**. Buenos Aires: RAP, 2018.

WADE, H. William R.; FORSYTH, Christopher F. **Administrative law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Submissão em: 10 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 2 de novembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El debido proceso administrativo. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 108-179, set.-dez. 2022.

**INTELIGENCIA ARTIFICIAL, FALSAS NOTICIAS Y DISCURSOS DE ODO:  
ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PERSECUCIÓN PENAL<sup>1</sup>**

**MARCELO A. RIQUERT<sup>2</sup>**

**ABSTRACT**

**N**o hay dudas, Internet tiene un enorme potencial para expandir la libertad de expresión en su doble dimensión: como derecho de todas las personas a difundir e intercambiar ideas y como derecho a buscar y recibir información de todo tipo. Por otra parte, la programación de algoritmos automatizados que potencien la reproducción de falsas noticias y discursos de odio es una cuestión problemática de rigurosa actualidad inserta en aquel contexto. La necesidad y/o conveniencia de su restricción y/o prohibición en determinadas condiciones viene impuesta desde el nivel convencional internacional protector de los derechos humanos. Es una situación de gran complejidad porque lo que está en tensión es la libertad de expresión, garantizada a nivel constitucional y considerada en la perspectiva cultural de occidente como piedra basal de la democracia.

**Palabras clave:** inteligencia artificial – falsas noticias – discursos de odio – libertad de expresión – algoritmos – discriminación – derecho penal

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue preparado en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (España) que lleva por título “La tutela penal de las personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de ‘lege data’ y de ‘lege ferenda’.” (REF: PID2020-116407RB-I00), bajo dirección del Prof. Dr. Norberto de la Mata Barranco y la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Isabel Pérez Machío, ambos de la Universidad del País Vasco (UPV).

<sup>2</sup> Doctor en Derecho, UNMDP. Máster de Derecho Penal, U. Salamanca. Director del Área Departamental Penal y de la carrera de posgrado “Especialización en Derecho Penal”, UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. *e-mail*: riquertm@hotmail.com

## 1 INTRODUCCIÓN

Es usual hoy el llamado de atención sobre la proliferación de discursos de odio y falsas noticias potenciadas por algoritmos automatizados. La complejidad para afrontarlo deriva de la “tensión” con la libertad de expresión, constitucionalmente garantizada (arts. 14, 32 y 75 inc. 22, CN; 19 de la DUDH, 4 de la DADH, 19 de la PIDCyP, 13 y 14 de la CDN, 4 de la CIEFDR, III de la CPySDG). No sólo eso, sino que también han sido puestos en foco desde la perspectiva de la preocupación internacional plasmada en diversas convenciones para luchar contra los fenómenos del racismo, la discriminación y la intolerancia.

En el primer sentido, hay consenso sobre que internet tiene una enorme capacidad para expandir aquella libertad en su doble dimensión: como derecho de todas las personas a difundir e intercambiar ideas y como derecho a buscar y recibir información de todo tipo. Así, se entiende que es un instrumento indispensable para el ejercicio pleno de los derechos humanos, siendo el derecho a la libertad de expresión habilitante y posibilitador del ejercicio de otros derechos en internet (lo refleja con sintética elocuencia el conocido lema: “Internet is free. Internet is freedom. Internet is freedom of speech”) (cf. CHOCARRO, 2017, p. 23). No se profundizará sobre las múltiples consideraciones e implicancias de la libertad de expresión.

En el segundo sentido, luce pertinente recordar que hay límites como la prohibición de propaganda a favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso (arts. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial<sup>3</sup>, 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio<sup>4</sup>, 13 inc. 5 de la CADH<sup>5</sup> y un sinnúmero de declaraciones,

<sup>3</sup> El citado artículo 4 obliga a los Estados a condenar toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación o actos de tal discriminación.

<sup>4</sup> El citado artículo 3 indica que, entre otros, serán castigados los actos de instigación directa y pública a cometer genocidio (inc. c).

<sup>5</sup> El conocido “Pacto de San José de Costa Rica” protege la libertad de pensamiento y de expresión en su art. 13, y su último inciso dice: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

En el ámbito americano, no debe soslayarse la importancia que, en la lucha contra la discriminación específicamente de la mujer, tiene la llamada “Convención de Belem do Pará”, vigente desde 1995, así como tampoco la regente desde 2017 y de tono generalista “Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia”.

Si bien adoptada en 2013, aún no vigente, debe recordarse también a la “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

propuestas de reglas, etc., de menor jerarquía –soft law–) lo que, claramente, introduce como problema adicional la cuestión atinente al modo de determinar cuándo nos encontramos ante una expresión comprendida en una prohibición o se trata de una admisible exteriorización simbólica de disidencia política o de opinión (por ejemplo, no saludar la bandera o quemarla, llevar vestimentas controversiales en un determinado contexto o con inscripciones que exponen la discrepancia). Vinculado al citado art. 20 del PIDCyP (cuyo 2.º párrafo reza: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”), la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Derechos Humanos (ACNUDH), ha indicado expresamente que, al interpretarse tal norma, el umbral debe ser necesariamente alto porque la limitación a la libertad de expresión debe continuar siendo una excepción, fijando a través del “Plan de Acción de Rabat” (A/HRC/22/17/Add.4, apéndice) un estándar de “prueba” de tal umbral para que una declaración sea considerada como delito<sup>6</sup>.

Maldonado Gutiérrez y Knapp Moreno resaltan que el plan de acción de Rabat no prohíba una visión punitiva, sino que propone una mirada preventiva del Estado para atajar estos discursos mediante la promoción del diálogo intercultural, las campañas de difusión, las capacitación de las/os funcionarias/os y una regulación que promueva la pluralidad y diversidad en los medios de comunicación (MALDONADO GUTIÉRREZ; KNAPP MORENO, 2017, p. 30). En línea con ello, recuerdan que la ONG “Article 19”<sup>7</sup>, dedicada a la defensa de la libertad de expresión, propone se busque incentivar los contradiscursos que se opongan a los que promocionan el odio y la violencia, enfatizando que “el antídoto contra el odio no es en primera instancia el castigo, sino un debate público robusto, incluyente y abierto que exhiba estos discursos”.

Por su lado, destacando la importancia de las “Reglas de Rabat”, nos dice Paz Lloria García (2021, p. 40-41) que se trata de normas que permiten establecer límites en relación con la libertad de expresión y diluir la excesiva punición que se vislumbra en las demandas de castigo de los denominados “delitos de odio”, que es distinto de un delito “motivado por el odio”. En cualquier caso, llama la profesora de Valencia a no olvidar que el derecho penal es una herramienta de “ultima ratio”, que no debe criminalizarse en atención a criterios sostenidos

<sup>6</sup> Puede consultarse en <<https://www.ohchr.org/es/freedom-of-expression>>. En concreto, el Plan de Acción de Rabat establece un análisis en seis partes que debe ser satisfecho, vinculado al contexto, el/la orador/a, la intención, el contenido y la forma, la extensión del discurso y la probabilidad, incluyendo la inminencia. Se trata, entre otras cosas, de evitar las persecuciones a las minorías mediante el abuso de leyes, jurisprudencia y políticas poco claras. Entre otras cosas, se llama a los líderes políticos y religiosos a abstenerse de usar la incitación al odio, pero recordando a la vez que tienen un papel crucial en denunciar con firmeza y rapidez las expresiones de odio, dejando en claro que la violencia nunca será tolerada como respuesta a la incitación al odio.

<sup>7</sup> Cf. <<http://www.article19.org>>. La organización ha elaborado los “Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad”, a partir de debates realizados con funcionarios de las Naciones Unidas y expertos académicos y de la sociedad civil.

por la moral dominante, por lo que el mero discurso del odio debe buscar otras alternativas a la resolución del conflicto cuando es promovido por particulares con poca proyección. Esto puede ir desde ignorar las manifestaciones para evitar el llamado efecto Streisand, hasta denunciar la cuenta en las propias redes sociales por afirmaciones inapropiadas, produciendo un vacío tecnológico que lleve a su borrado. Su propuesta es que se utilicen mecanismos no penales que pudieran ser eficaces sin recortar la libertad de expresión.

Para preservar esta última en Internet se han elaborado seis principios “rectores”: 1) acceso universal; 2) pluralismo y diversidad; 3) igualdad y no discriminación; 4) privacidad; 5) libre y abierta: transparencia y neutralidad en la red; 6) gobernanza multisectorial (cf. CHOCARRO, 2017, p. 24). No debe pasar por alto que, así como es frecuente que los internautas utilicen las redes sociales para compartir información de interés público, tal vez, su uso sea mayor para difamar o agredir a terceros, lo que se facilita porque se ha naturalizado el hacer circular, retransmitir o copiar opiniones, archivos de imágenes o vídeos que pueden ser tildados de injuriosos o discriminatorios. Se trata de una conducta sobre la que pocas veces se recapacita y que encuentra como habitual excusa para legitimarse que, eventualmente, constituye el ejercicio de la libertad de expresión (cf. ABOSO, 2021, p. 385).

Cierro la introducción resaltando que el aumento de la circulación de discursos de odio en Argentina en el ámbito de la esfera pública ha sido denunciado desde el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, señalando que la discusión sobre la legalización del aborto, los debates sobre la política migratoria y sobre el desempeño de las fuerzas de seguridad dieron paso a la aparición de expresiones violentas, agresivas o discriminatorias en la conversación pública (así, TORRES; TARICCO, 2019, p. 2).

## **2 LAS “FAKE NEWS”**

De las Heras Vives señala que cuando hablamos de *fake news* debe fijarse el foco en dos cuestiones: 1) que tienen más que ver con el concepto de realidad que con el de verdad, a pesar de que estén imbricados: la realidad es lo que ocurre verdaderamente y la verdad es la existencia real de algo; 2) las *fake news* por sí mismas no son nada: comunicar lo que verdaderamente no ocurre sin ninguna finalidad es una necesidad no exenta de responsabilidad (DE LAS HERAS VIVES, 2020, p. 72).



La CEO de la ONG “First Draft”, Claire Wardle, apunta a la existencia de finalidad cuando dice que las *fake news* “son aquellas creadas con fines de lucro u otros beneficios, difundidas a través de programas patrocinados por el Estado o por medio de la distorsión deliberada de los hechos, por grupos con una agenda particular, incluido el deseo de afectar elecciones políticas” (WEIDENSLAUFER, 2019, p. 3). Se incluye al contenido manipulado, impostor, engañoso, de conexión falsa e incluso la sátira y la parodia. Se habla tanto de información errónea como de desinformación, hechos alternativos o directas mentiras y, es claro, el principal problema derivado de que las noticias falsas proliferen en Internet y redes sociales es que puedan generar confusión en la ciudadanía al punto que altere su percepción de la realidad.

En realidad, lo único novedoso es el aspecto tecnológico. Hemos pasado de los once principios de propaganda de Göebbels (DE LAS HERAS VIVES, 2020, p. 73) a la construcción de una “posverdad”<sup>8</sup>. Es probable que, en la base del problema, facilitándola, esté que lo que nos llega, se lo recibe y reproduce en forma automática, sin pasarlo por el menor filtro de racionalidad (cf. BRODSKY, 2021, p. 59). Tampoco puede soslayarse que los avances en seguridad digital están detrás de la abundancia de imágenes falsas o manipuladas que se propagan con gran velocidad por Internet. Estudios recientes comprueban que la mayoría de la gente no es capaz de detectar fotos manipuladas. Resalta Julián H. Langevin (2020, p. 130), el gran interrogante es “¿Qué sucede si ya no podemos confiar en nuestros ojos o nuestros oídos?”.

A partir de los usos del “big data” el peligro ya no solo son las noticias falsas, sino también las “Deep Fake News” (o Deepfake). Cualquiera, en muy poco tiempo, puede ser víctima de la exposición de falsas intervenciones, participaciones o dichos, dotadas de altísima calidad y, por eso, verosimilitud, con las graves derivaciones consecuentes. Y esta tecnología es, además, cada vez más asequible. Por ejemplo, una app como “Wombo.AI”, es gratuita, está disponible tanto para Android como IOS y lo que hace es animar una foto y transformarla en un video, haciendo que la persona retratada cante, se mueva, y su boca vaya siguiendo el audio (SUEIRO, 2019, p. 92).

Reflexiona Sueiro que, en tiempos de revolución digital y posverdad, las falsificaciones profundas pueden exponerse ante jueces afectando el sistema de administración judicial (SUEIRO, 2019, p. 92), agravando la percepción de su crisis. La reiteración de falsedades puede constituir un aporte decisivo si se tiene en cuenta, como han demostrado diversos estudios tanto sobre el “efecto de desinformación” como del “efecto ilusorio de verdad”, que en esta

<sup>8</sup> El término apareció originalmente en inglés (*post-truth*) en 1992; el diccionario de la RAE ha incluido el neologismo “posverdad” definiéndolo como “Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales”.

época signada por las versiones sesgadas y falsedades multiplicadas por troles y robots permite advertir que las afirmaciones repetidas en forma consistente son más fáciles de procesar y, de revés, se las percibe como más verdaderas que nuevas afirmaciones, lo que desbarata la idea de que el conocimiento logra doblegar las mentiras (MARADEO, 2021, p. 53-54).

### 3 LOS DISCURSOS DE OUDIO

El derecho de libre expresión fue pensado como una libertad individual, sin embargo, bajo su amparo, en la actualidad ciertos colectivos sociales propagan discursos contra otros, incitando a la violencia, la discriminación y el odio. En general, debido a múltiples razones que van desde la religión, el género, la orientación sexual, la discapacidad, hasta la nacionalidad, aunque el factor común es que, en todos los casos, lo que se busca favorecer es la intolerancia y la hostilidad. Estos discursos son los que se denominan “de odio” (*hate speech*) y su difusión puede darse tanto en forma oral, escrita, audiovisual, en los medios de comunicación o en Internet. Hay en ellos una apelación a factores emocionales más que racionales, resaltando una actitud de superioridad y dominación en procura de silenciar a grupos sociales con los que se mantiene diferencias étnicas, sociales, sexuales o religiosas (términos como xenofobia, homofobia, racismo, discriminación, delimitan distintos discursos de odio existentes) (cf. BUSTOS MARTÍNEZ et al, 2019, p. 26).

La ya mencionada Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, brinda una definición de “odio” y “hostilidad” señalando que se refieren a sentimientos intensos e irracionales de oprobio, enemistad y desprecio hacia el colectivo objetivo; mientras “apología” debe ser entendido como la necesidad de una intención para promover públicamente el odio hacia el colectivo objetivo y el término “incitación” se refiere a declaraciones sobre colectivos nacionales, raciales o religiosos que generen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia hacia personas que pertenezcan a esos colectivos.

Sin embargo, no puede soslayarse la existencia de varias dificultades para definir qué se entiende por “discurso de odio”, como se expone con elocuencia en el proyecto “The Dangerous Speech” de la Universidad Carnegie Mellon, donde se plantea que el término “odio” es impreciso, pudiendo presentar niveles de intensidad diferenciados y llevar a variadas consecuencias. Por caso, cuando se dice “discurso de odio”, ¿significa que quien habla odia? ¿que el hablante quiere persuadir a otros para que odien? ¿que quiere que otras personas se sientan odiadas? Se llama la atención, asimismo, sobre la necesidad de que la ley

especifique que identidades y grupos se engloba, o si son todos, no debiéndose perder de vista que si es demasiado general puede provocar su uso indebido contra grupos vulnerables o de la oposición cívica o política<sup>9</sup>.

Volviendo con Torres y Taricco, proponen para una mejor comprensión el analizar a los discursos de odio como discursos sociales y nos dicen que, en tanto tales, entienden que en su interior se articula una fuerte unidad entre una determinada concepción del mundo y unas normas de conducta conforme a esa concepción, formas que rechazan la diversidad, la diferencia o la disidencia o el ejercicio de la libertad por el otro. De allí que los discursos de odio

en cualquiera de sus niveles, son articulaciones discursivas que intentan impedir en el otro el ejercicio del derecho a la libertad y a la igualdad... en tanto discursos sociales, buscan imponer una forma única de interpretación sobre los acontecimientos, así como una forma correcta, por lo general tradicional, de desenvolverse en la comunidad (TORRES; TARICCO, 2019, p. 4)

Por eso, aclaran, son generalmente dirigidos contra grupos disidentes, vulnerables, migrantes o cualquier persona o grupo que se visualice como amenazante o responsable por la pérdida de un orden político y social que debe reponerse (TORRES; TARICCO, 2019, p. 4).

Göran Rollnert Liern (2019, p. 95) recuerda que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha señalado que para la delimitación de las conductas constitutivas de discurso del odio se exige la referencia a tres principios centrales que emergen de la jurisprudencia internacional sobre incitación a la discriminación y a la violencia, a saber, los de intencionalidad, contexto y causalidad, entendida como estimación del impacto probable de la expresión en cuestión.

En términos de su posible tipología o clasificación, recuerdan que las citadas “Reglas de Rabat” distinguen tres tipos de discursos: 1) las expresiones que constituyen delito; 2) las expresiones que no son sancionables penalmente pero que podrían justificar un proceso civil o sanciones administrativas; 3) las expresiones que no son legalmente sancionables pero que aún generan preocupación en términos de la tolerancia, el civismo y el respeto de los derechos de los demás. Resaltan que este orden de diferenciaciones en función al daño que

<sup>9</sup> Cf. <<https://dangerousspeech.org/>>. El 19 de abril de 2021 se ha puesto a disposición una interesante guía al respecto, “Dangerous Speech: a practical guide”. Disponible en: <<https://dangerousspeech.org/guide/>>.

producen, permite distinguir ante los discursos de odio una gama de posibles acciones que no se limiten a la restricción, prohibición o penalización (TORRES; TARICCO, 2019, p. 6).

Más allá de la dificultad conceptual producto de la vaguedad y abstracción de los términos de la legislación internacional que podría dar lugar a descalificar como odio “extremo” a lo que pudiera ser un desacuerdo “común” protegido por la libertad de expresión aunque provoque aversión, desagrado o antipatía (cf. ROLLNERT LIERN, 2019, p. 105), problema con el que habrá de seguirse lidiando, es un dato objetivo que en Internet y redes sociales los discursos de odio encontraron una manera más efectiva de propagarse, dando lugar a comportamientos que se han denominado “ciberacoso” y “ciberodio”. Una popular red social, Twitter, viene tratando de morigerar los crecientes niveles de agresión que se advierten en su ecosistema y, para hacerlo, ha comenzado a probar algoritmos de IA ya no para analizar lo que se publica, sino lo que estamos a punto de twittear (TORRES, 2021, p. 11). En el fondo, la iniciativa es la implementación de la censura previa y, por lo tanto, un abierto ataque a la libertad de expresión e, indirectamente, al sistema democrático.

No obstante, reflejo de la clásica bifrontalidad de la tecnología, en ocasiones es el vehículo de logros y reafirmaciones de libertades y derechos en términos democratizantes (paradigmático, el caso “Wikileaks”). Internet nos da la posibilidad de comunicarnos de modo que todos seamos autor y público, y que pocas cosas impidan que digamos lo que queremos decir.

En Argentina, en octubre de 2020, fue oficialmente presentado “NODIO: Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica en medios y plataformas digitales”, una iniciativa que ha despertado alguna controversia política y cuyo objetivo es proteger a la ciudadanía de las noticias falsas, maliciosas y falacias. Se lo implementa dentro del ámbito de la Defensoría del Público (organismo creado por la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, n.º 26.522), bajo la órbita del Congreso Nacional, para defender la libertad de expresión. Entre sus funciones está recibir y canalizar los reclamos y consultas de las audiencias. No tiene capacidad sancionatoria alguna<sup>10</sup>.

#### **4 REFERENCIA NORMATIVA**

Refiere Weidenslaufer, el “Brexit” y otros eventos electorales recientes provocaron una mirada de especial interés sobre la difusión de declaraciones

<sup>10</sup> Fuente: <<https://defensadelpublico.gob.ar/nodio-una-iniciativa-de-la-defensoria-para-fortalecer-la-pluralidad-de-voces/>>. Disponible desde el 12/10/2020; consultada el 10/08/2021.

que tienen por objeto desinformar al público. Desde lo normativo, podrían observarse dos modelos para afrontarlo:

- a) bajo un paradigma de libertad de expresión, mediaría por imperio constitucional (por ej., Primera Enmienda, Constitución de USA, que protege la libertad de religión y de expresión) una imposibilidad de establecer una censura previa de los contenidos de Internet (habría derecho a intercambiar libremente ideas y puntos de vista, con independencia de si son controvertidos o falsos), con lo que sólo puede perseguirse la responsabilidad de quien genera daño con la difusión luego de esta (bajo distintas alternativas como daño o agravio por difamación, invasión a la privacidad, infligir intencionadamente angustia emocional o por interferencia dañosa). Los ISP también están protegidos cuando los contenidos son producidos por terceros, es decir, sin intervención en su creación, desarrollo o edición, ni incumplen promesa legal de retiro de material (sección 230 de la Ley Federal de Decencia en las Comunicaciones de 1996, o CDA). Puede acotarse que parece seguir este esquema el art. 13.2 de la CADH, en cuanto dice que la libertad de pensamiento y de expresión **“no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores**, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (el resaltado es personal);
  
- b) en Europa, la legislación alemana (de junio 2017, ley contra la publicación en redes sociales de discursos de odio, pornografía infantil, artículos relacionados con el terrorismo e información falsa, conocida como NetzDG y que ha sido modificada en 2020<sup>11</sup>) o francesa (LO n.º 2018-1201 y n.º 2018-1202, de 22 de diciembre de 2018, relativa a la lucha contra la manipulación de la información), fijan especiales obligaciones a las plataformas como Google+, Twitter, YouTube y Facebook. En la primera, criticada por Human Rights Watch por afectar la libertad de expresión y carencia de supervisión judicial, se procura combatir la difusión de diversos tipos de información (discursos de odio, *fake news* y otro tipo de material ilegal, con expresa remisión a delitos previstos en el CP alemán), con penas de orden económico que pueden llegar de € 500.000 a 50.000.000 y tiene por destinatarias a las plataformas que tengan al menos dos millones de usuarios registrados, que deben eliminar en un plazo de 24 horas el material identificado como ilegal e informar periódicamente sobre las medidas de moderación “transparente”

<sup>11</sup> Se trata de un par de revisiones casi simultáneas, una por la que se requiere a las plataformas de redes sociales que envíen el contenido ilegal a la Policía Criminal Federal; la otra, por la que se reforzaron los derechos de los usuarios al requerir a las plataformas que el proceso de denuncia de contenidos ilegales fuera más intuitivo y permitir la apelación de una decisión de eliminar o no una publicación (UNESCO, 2021, p. 4).

adoptadas. En la segunda, se procura evitar se distorsionen los procesos electorales, creando una nueva vía judicial civil de emergencia para detener la difusión de información falsa durante los tres meses anteriores a una elección nacional<sup>12</sup>.

Esta diferencia de enfoque es la que llevó a que esté ausente una regulación específica sobre el discurso de odio en el Ciberconvenio de Budapest de 2001, lo que se salvó un par de años después con el Protocolo Adicional de Estrasburgo (cf. ABOSO, 2021, p. 407).

En Argentina, no hay regulación penal expresa en torno a las “fake news” aunque muchas falsedades, respetando los márgenes de la libertad de expresión, pueden ser atrapadas por diversas figuras penales vigentes. Así, en el CP originario, el art. 109 (calumnia), el 110 (injuria –el 115 la proferida en juicio y el 116 las recíprocas–), el 113 (publicación o reproducción de injurias o calumnias inferidas por otro) y el 114 (calumnia o injuria propagada por la prensa). Posterior, la Ley de Protección de Datos Personales n.º 25326/00, introdujo los arts. 117bis y 157 bis que, luego, sufrieron parcial derogación y modificaciones por Ley 26388/08. El primero, pena el proporcionar a sabiendas a un tercero información falsa contenida en un archivo de datos personales, agravado si se deriva perjuicio a alguna persona.

También son típicas falsedades que resultan mediales, como la estafa del art. 172 del CP; el agiotaje del 300 inc. 1, o los balances falsos (ídem. inc. 2). Innecesario profundizar el ejercicio, queda claro que las falsedades, las mentiras no se penan “per se”, pero cuando se las usa con finalidades de consecuencias dañosas, en muchos casos, tienen repercusiones penales. También, que tenemos ciertas lagunas de tipicidad ante cierta fenomenología de raíz tecnológica.

Se ha observado como un problema, siendo que los ISP tienen un rol indiscutible en el circuito de información (y de desinformación), la falta de previsión que permita penar a las personas jurídicas por este tipo de conductas (así, ELDRID, 2020, punto VI. 2). Creo que, sin apartamiento de un derecho penal de “ultima ratio”, se trata de una cuestión sobre la que, con prudencia, se debiera avanzar.

<sup>12</sup> Weidenslauffer (2019, p. 1 y 4/11). Teruel Lozano (2017, p. 22) aunque coincide en que, con relación al reconocimiento de la libertad de expresión en ordenamientos liberal-democráticos, suelen distinguirse dos modelos, el estadounidense y el europeo, señala que podría existir un tercero, al que llama “latino”, propio de países como España e Italia, que entiende sería abierto y personalista, basado en un reconocimiento de la libertad como un derecho de defensa de la propia persona para su libre desarrollo, incluso egoísta, limitada únicamente cuando ésta genera un daño relevante contra un bien jurídico constitucional principalmente de carácter individual, pero al que al mismo tiempo no desconoce que la libertad tiene una importancia para el orden democrático y se erige en un valor objetivo.

Respecto de los discursos de odio, cobra importancia el “Protocolo adicional” de Estrasburgo (30/01/2003), que se ocupa específicamente de la xenofobia, el racismo, el odio y la discriminación en Internet. Allí, se define qué se entiende por “material racista y xenófobo” (art. 2.º) y se indica la necesidad de adoptar varias tipificaciones relacionadas con esta temática: a) Difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos (art. 3); b) Amenazas con motivación racista y xenófoba (art. 4); c) Insultos con motivación racista y xenófoba (art. 5); d) Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad (art. 6). También tienen relevancia la resolución del Parlamento Europeo, del 14/03/2013, sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio, que establece la necesidad de adoptar una política criminal contra esas manifestaciones de discriminación; y la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28/11/2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal (así, cf. ABOSO, 2021, p. 412).

En Argentina, la Ley 23592/88, contra los “Actos discriminatorios”, no ha sido actualizada. Su art. 2.º consagra un severizante genérico para cualquier delito cometido con ánimo discriminatorio y el 3.º tipifica la participación en una organización o en la propaganda de tales actos, así como en su aliento e inicio de realización. No puede soslayarse su eventual conexión con otras conductas punibles previstas en el marco de los “Delitos contra el orden público”, como la instigación a cometer delitos (art. 209, CP), la asociación ilícita (210 y 210bis) u organización o pertenencia a agrupaciones permanentes o transitorias para cometer otros atentados al orden público (213 bis), la incitación pública a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones (212) o la apología del crimen (213). Es claro, la vieja ley sólo cubre parcialmente los requerimientos del Protocolo.

## **5 FAKE NEWS, DISCURSOS DE ODIOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Corresponde aclarar que, cuando aquí se habla de libertad de expresión, lo es mirando el fenómeno desde la perspectiva cultural del occidente democrático, donde la mirada jurídica tiende a mantener separados los asuntos de Estado y la religión (cctes.: DE LUCA; LUZZA, 2018, p. 51). En este contexto cultural no se discute su carácter de piedra basal de la democracia. Tampoco que esta, a partir del constitucionalismo liberal pos 2.º GM abrió la puerta a una concepción material que, superando la visión meramente formal de ella, planteó el problema de la necesidad de su protección frente a los enemigos de la propia

democracia, dando lugar a las nociones de democracia abierta (que no tiene por qué significar “neutra” o nihilista) y democracia militante. Es importante no perder de vista que una democracia abierta y tolerante reconoce las libertades públicas en su mayor extensión (incluyendo las de sus propios enemigos), pero no tiene por qué ser neutral, sino que cuenta con su propio sistema de valores que promueve activamente, no desde la prohibición y la limitación, sino desde el estímulo de políticas de realización de esos valores democráticos (cf. TERUEL LOZANO, 2017, p. 22).

Se sostiene que la libertad de expresión es la condición indispensable para impulsar el desarrollo en todas las áreas de la vida social, como la cultura, religión, filosofía y política. Y no hay dudas que la aparición de Internet ha facilitado y potenciado la libertad de expresión, lo que se sintetiza diciendo que democratiza el acceso al conocimiento y la información.

No puede soslayarse que hay una suerte de doble vía: todos tenemos el derecho a expresarnos libremente y también el de no ser molestados por las propias opiniones; tenemos el derecho a recibir información y diversos pareceres o puntos de vista, a investigar sobre ello y a difundirlos sin límites geográficos por cualquier medio, pero no es absoluto, sino que pueden fijarse restricciones por ley que, usualmente, se sistematizan en dos grandes bloques. Uno, el concerniente a la protección del ámbito privado del sujeto (su intimidad, honra, reputación y buen nombre); el otro, en el ámbito de lo público, se refiere a cuestiones relacionadas con la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas (ELDRID, 2020, punto II).

Esto último cobró singular dimensión durante la pandemia del COVID-19, que llevó a alertar a la OMS sobre la existencia de una verdadera “*infodemia*”. De hecho, Unesco y la Oficina del Asesor Especial para la Prevención del Genocidio de las N.U. (OSAPG), a solicitud de la Sección de Libertad de Expresión y Seguridad de los Periodistas de la Unesco, por intermedio del “Oxford Internet Institute” de la Universidad de Oxford, publicó en 2021 un documento ya referido con el título “Hacer frente al discurso de odio en las redes sociales: desafíos contemporáneos”, en el marco del proyecto “#CoronavirusFacts: lucha contra la ‘desinfodemia’ en materia de COVID-19 en entornos propensos a conflictos”. Entre otros aspectos, allí se indica que la estrategia y plan de acción de Naciones Unidas identifica una serie de áreas prioritarias para vigilar y analizar el discurso de odio, estimulando que sus distintas Oficinas estén en condiciones de reconocer, vigilar y analizar las tendencias relativas al discurso de odio y recopilen datos sobre ellas. Específico en cuanto al discurso de odio online, alienta que las entidades de N.U. lleven a cabo más investigaciones sobre la relación entre el uso indebido de Internet y las redes sociales para difundir



discursos de odio y los factores que llevan a las personas a cometer actos de violencia, señalando los riesgos que comportan las nuevas tecnologías y las plataformas digitales para la propagación de tales discursos. En lo concreto, el documento denuncia que, durante 2020, la pandemia por el coronavirus puso de manifiesto la propagación de discursos de odio en todo el mundo, agravando la intolerancia y la discriminación hacia determinados grupos, desestabilizando sociedades y sistemas políticos (cf. UNESCO, 2021, p. 2).

Las campañas de desinformación se ven facilitadas porque la masividad de datos puestos en determinadas manos permite concretar verdaderos ejercicios de ingeniería social, viralizando contenidos a medida del destinatario, de modo que la “fake news” le resulte singularmente atractiva, convincente. Valga la remisión al conocido caso “Cambridge Analytica”, paradigmático en cuanto a la advertencia para la percepción pública de que los datos personales obtenidos pueden no solo ser destinados para el marketing comercial. Reflejo de la preocupación institucional, similar a Europa<sup>13</sup>, en el ámbito de la OEA, en octubre de 2019 se ha dado a conocer la “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales” (COMISIÓN, 2019).

## **6 IA AL SERVICIO DE LA DETECCIÓN/PREVENCIÓN Y DE LA REPRODUCCIÓN/MULTIPLICACIÓN**

Destaca Danesi, el uso de algoritmos de IA para la detección del contenido agravante en las redes sociales está en la primera línea de defensa para identificar y remover el denominado “hate speech” o cualquier publicación que infrinja la “política de la empresa” o las “normas comunitarias” (DANESI, 2020, p. 78). A la vez, el problema principal es que aquella operación no está exenta de sesgos y, en consecuencia, los algoritmos terminan discriminando y censurando contenido. Se ha revelado que es mucho más probable que los sistemas de IA destinados a detectar contenido abusivo en línea etiqueten los tweets como “ofensivos” si fueron publicados por personas que se identifican como afroamericanas (DANESI, 2020, p. 78).

---

<sup>13</sup> Donde, entre otros instrumentos, ha de tenerse en cuenta la Recomendación General N° 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia para la lucha contra el discurso de odio, de 8 de diciembre de 2015, que fija los criterios de valoración en el caso concreto para habilitar el enjuiciamiento, a saber: contexto general en que el discurso tiene lugar, capacidad del emisor del discurso para influir en terceros, naturaleza y fuerza del lenguaje usado, contexto específico de las afirmaciones, el medio usado y la naturaleza de la audiencia.

Como apunta Álvarez Larrondo, el problema en esta era del “big data” está dado por la convicción generalizada de que las computadoras son capaces de procesar miles de datos y actuar en consecuencia realizando dicha tarea siempre de manera justa y objetiva (además de veloz y barata). Esto es así porque nos han convencido, desde el discurso no contrastado, de que al mediar la intervención de una máquina los procesos dejarán de estar guiados por seres humanos con sus prejuicios: las máquinas que procesan números de manera objetiva. Sin embargo, se trata de una premisa falsa que soslaya que todos los sistemas y algoritmos, en un inicio, han sido concebidos por un humano con sus preconceptos y cargas morales. Estos programas no son más que modelos matemáticos, en líneas generales opacos, difíciles de comprender y sus mecanismos resultan invisibles para todos, inclusive para los matemáticos y los ingenieros informáticos que los pergeñan y elaboran (ÁLVAREZ LARRONDO, 2020). De allí que Cathy O’Neil (2018) haya denominado a este tipo de modelos como “Armas de Destrucción Matemática”.

De Luca y Luzzza (2018, p. 55) alertan que diversos gobiernos vienen implementando medidas respecto al fenómeno de las *fake news*, porque lo consideran una amenaza para la democracia. Así, Alemania, Francia, Italia y España, que han ido desde actualizar la legislación hasta implementar canales de denuncia ciudadana. También lo han hecho agencias y organizaciones internacionales (como el ACNUR) (cf. BUSTOS MARTÍNEZ et al, 2019, p. 31). En Argentina, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos alerta sobre las *fake news* y sus probables consecuencias a nivel personal, sugiriendo consejos prácticos para proteger la propia reputación online e informando sobre los lugares donde recabar asesoramiento y denunciar en caso de ser víctima de falsas noticias (ARGENTINA, 2022).

## 7 COLOFÓN

La programación de algoritmos automatizados que potencien la reproducción de falsas noticias y discursos de odio es una cuestión problemática de rigurosa actualidad. Su complejidad se amplifica porque lo que está en tensión es la libertad de expresión, garantizada a nivel constitucional y considerada en la perspectiva cultural de occidente como piedra basal de la democracia.

Internet tiene un enorme potencial para expandir la libertad de expresión en su doble dimensión: como derecho de todas las personas a difundir e

intercambiar ideas y como derecho a buscar y recibir información de todo tipo. Por tal rol trascendente se elaboraron principios “rectores” de la libertad de expresión en Internet, siendo central un monitoreo serio y comprometido sobre su real vigencia<sup>14</sup>.

No debe perderse de vista que la intervención penal debe mantener su nota de ser de “ultima ratio”. La libertad de expresión nació en un sentido contramayoritario. Como crudamente dice Teruel Lozano, para dar protección jurídica a los mensajes que pueden ser dañinos, provocadores e hirientes, sin que esto suponga que gocen de una patente de curso absoluta. Sin embargo, que un mensaje deleznable o nocivo goce del amparo de la libertad de expresión no quiere decir que se debe respetarlo o santificarlo, sino que socialmente puede reaccionarse, aunque el amparo constitucional lo inmune de sanciones jurídicas (TERUEL LOZANO, 2017, p. 25). En este sentido cobra interés el recordatorio de reglas como las de “Article 19” (“Principios de Candel”), en cuanto señalan que los Estados emprenderán esfuerzos amplios para combatir los estereotipos individuales y de grupos negativos, así como la discriminación, promoviendo el entendimiento y la interculturalidad a través de la formación pedagógica sobre los valores y principios de los derechos humanos, desde el diseño curricular escolar y para estudiantes de todas las edades (cf. TORRES; TARICCO, 2019, p. 6). Claro que, en ocasiones, la nota de libertad excederá lo admisible en el debate, que no puede ser libérrimo y, adquiriendo relevante dañosidad para bienes jurídicos, dará paso a la limitación discursiva con consecuencias punitivas.

En Argentina, no hay regulación penal expresa en torno a las “fake news”, lo que no quiere decir que todas las falsedades queden impunes. Respetando entonces la libertad de expresión, pueden ser atrapadas por diversas figuras penales vigentes. Debiera actualizarse la legislación en lo referente al Protocolo de Estrasburgo, que se ocupa de la xenofobia, el racismo, el odio y la discriminación en Internet, e indica la necesidad de adoptar varias tipificaciones relacionadas con esta temática.

---

<sup>14</sup> Este monitoreo puede realizarse tanto mediante filtros de palabras clave y métodos de colaboración masiva, como por moderadores humanos que revisan el contenido señalado por usuarios como discurso de odio y deciden si lo es o no. El enfoque manual, personal, tiene ventaja cualitativa en la captación de contexto, pero dificultades en cuanto a la eficacia cuantitativa, lo que se logra mediante la implementación de herramientas de aprendizaje automático y técnicas de procesamiento de lenguaje natural. Entre otras herramientas para detectar el discurso de odio se citan: la plataforma keniana “Umati” (sobre la que brindan ampliada información, TORRES; TARICCO, 2019, p. 6-7); procesando datos de foros de Internet y de Twitter desde 2017 está “Hate Sonar”; la Universidad de Berkeley, a través de ADL y D-Lab, desarrolló “Online Hate Index” (OHI); “Hate Meter” detecta discursos de odio antimusulmanes; “MANDOLA” combina en su proceso de selección tanto el análisis natural de sentimientos, el procesamiento de lenguaje natural como las técnicas de aprendizaje automático y profundo (cf. UNESCO, 2021, p. 506).

## BIBLIOGRAFÍA Y MATERIAL CONSULTADO

ABOSO, Gustavo Eduardo. Libertad de expresión, discurso de odio y derecho penal en la sociedad de la tecnología: ¿compartir o dar 'like' a una publicación en Facebook puede ser difamatorio? En: RIQUERT, Marcelo A. (Director). **Sistema penal e informática**. v. 4. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. El nuevo derecho artificial: desafíos para el derecho en general. En: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (Dir.). **Inteligencia artificial y derecho**. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. ¿Qué hago si publicaron noticias falsas sobre mí? Mayo de 2022. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/que-hago-si-publicaron-noticias-falsas-sobre-mi/>>.

ARTICLE19. Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad. Disponible en: <<http://www.article19.org/>>.

BRODSKY, Mateo. *Fake news* en tiempos de coronavirus. En: RIQUERT, Marcelo A. (Director). **Sistema penal e informática**. v. 4. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

BUSTOS MARTÍNEZ, Laura; DE SANTIAGO ORTEGA, Pedro Pablo; MARTÍNEZ MIRÓ, Miguel Ángel; RENGIFO HIDALGO, Miriam Sofía. Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. En: **Mediaciones Sociales**, Madrid, Ed. Complutense, v. 18, p. 25-42, 2019.

CHOCARRO, Silvia (Org.). **Estándares internacionales de libertad de expresión**: guía básica para operadores de justicia en América Latina. Montevideo: CIMA/NED/Relatoria Especial para la Libertad de Expresión de NU, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; DEPARTAMENTO DE COOPERACIÓN Y OBSERVACIÓN ELECTORAL; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS-OAS (Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General). **Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales**. [S. l.]: OAS, Documentos oficiales, Octubre 2019.

DANESI, Cecilia C. Inteligencia artificial y derecho. En: DANESI, Cecilia C. (Dir.). **Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho**. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

DANGEROUS SPEECH PROJECT. Dangerous Speech: a practical guide. Disponible en: <<https://dangerousspeech.org/guide/>>.

DE LAS HERAS VIVES, Luis. *Las fake news* ante el derecho penal español. En: **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, Madrid, Ed. Instituto de Derecho Iberoamericano, n.º 12 bis, p. 70-77, mayo de 2020.

DE LUCA, Javier Augusto; LUZZA, Yamila Yael. *Fake news*: cibercriminalidad y libertad de expresión en internet. En: RIQUERT, Marcelo A. (Director). **Sistema penal e informática**. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2018. p. 51-71.

ELDRID, Brenda. *Fake news*, debate público y libertad de expresión: respuestas penales y extrapenales ante la responsabilidad de los intermediarios de servicios de internet. En: **Temas de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, Ed. Erreius, agosto 2020.

LANGEVIN, Julián Horacio. **Juicios penales “virtuales”**: desafíos para garantizar un juicio justo. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

LLORIA GARCÍA, Paz. Discurso de odio antigénero. En: **Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid**, Madrid, n. 10, 7.ª época, 2021.

MALDONADO GUTIÉRREZ, Leopoldo Francisco; KNAPP MORENO, Luis Eduardo. Discurso de odio: ¿ocultarlo mediante el castigo o exhibirlo mediante el debate? En: **Revista Dfensor**, México (DF), Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, año XV, n.º 2, p. 26-31, febrero de 2017.

MARADEO, Julián. **Fake news**: cómo se fabrican en la Argentina y en el mundo. Buenos Aires: B, Penguin Random, 2021.

NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. Plan de acción de Rabat. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/freedom-of-expression>>.

O'NEIL, Cathy. **Armas de destrucción matemática**: cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia. Madrid: Capitán Swing, 2018.

ROLLNERT LIERN, Göran. El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional. En: **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 115, p. 81-109, enero/abril de 2019.

SUEIRO, Carlos Christian. **Vigilancia electrónica y otros modernos medios de prueba**. 2. edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

TERUEL LOZANO, Germán M. Libertad de expresión y discursos de odio en países democráticos. En: **Revista Dfensor**, México (DF), ed. Comisión de

Derechos Humanos del Distrito Federal, año XV, n.º 2, p. 21-25, febrero de 2017.

TORRES, Ariel. Ahora los algoritmos te censuran. En: **Diario “La Nación”**, Buenos Aires, edición del 15/5/2021, suplemento “Ideas”.

TORRES, Natalia; TARICCO, Víctor. Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos. In: **CELE/UP**, Buenos Aires, Ed. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Universidad de Palermo, abril de 2019.

UNESCO - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. Unesco y la Oficina del Asesor Especial para la Prevención del Genocidio de las N.U. (OSAPG). Hacer frente al discurso de odio en las redes sociales: desafíos contemporáneos. Paris: Unesco, 2021.

WEIDENSLAUFER, Christine. La regulación de las *fake news* en el derecho comparado. En: **ATP**, Santiago (Chile), Ed. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Sup. n.º 11.973, enero de 2019.

Submissão em: 22 de novembro de 2022

Último Parecer favorável em: 11 de dezembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

RIQUERT, Marcelo A. Inteligencia artificial, falsas noticias y discursos de odio: entre la libertad de expresión y la persecución penal. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 180-197, set.-dez. 2022.

## THE SPLINTERNET

MARK A. LEMLEY<sup>1</sup>

### 1 YOUR PARENTS' INTERNET

John Perry Barlow, who was honored with a symposium here at Duke just last year, famously wrote, in 1996, what he called “A Declaration of the Independence of Cyberspace.” (BARLOW, 1996). “Governments of the Industrial World,” he wrote, “you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.” (BARLOW, 1996).

John Gilmore, another famous internet pioneer, in 1993 coined the famous aphorism “The Net interprets censorship as damage and routes around it.” (ELMER-DEWITT, 1993).

Now, that was a long time ago. You can tell it was a long time ago because we hadn't settled on what we were actually going to call the internet. Maybe it was cyberspace, maybe it was the net. Infobahn was floating around there at the time (see MERRIAM-WEBSTER, [S. d.]).

These sentiments sound somewhat quaint by modern standards. But it's worth remembering – or learning – that the internet of that day was the

---

<sup>1</sup> William H. Neukom Professor, Stanford Law School; Partner, Durie Tangri LLP. Thanks to Anupam Chander, Rose Hagan, David Lange, Noah Phillips, Peter Swire, and the participants at the Lange Lecture at Duke, where this talk was given. This is a lightly edited version of a speech, and it reads like it. While I thought I had come up with a clever title, it turns out someone else beat me to it. See Malcomson (2016). His focus, unlike mine, is on the history of the internet and its deep ties to government. I gave this speech in January 2020, when only a few people had heard of COVID-19 as a distant problem. I have updated it but not revised it to take account of the changed world in which we are currently living. But I think the pandemic only makes the importance of the internet and global communication more important. *e-mail*: mlemley@law.stanford.edu or mlemley@durietangri.com

underground pirate alternative to where everybody thought information technology was going. The corporate and government big boys had a plan: we were going to build broadband wires for an information superhighway. The information superhighway was going to deliver prepackaged content to you in a one-way pipe with five hundred channels of television (UNITED STATES, 1995). And that was going to be our technology connection. The idea that we might actually want to share information ourselves rather than merely passively consume it hadn't made it into the consciousness of the people who were building the technology.<sup>2</sup>

The internet, by contrast – what supplanted the information superhighway – started as a niche government-academic project to allow academics and military folks to communicate together (ABBATE, 2001, p. 147). Indeed, in the early days of the internet commercial entities weren't even allowed on unless they had some connection to the Defense Advanced Research Projects Agency (“DARPA”) and the research agencies (POSTEL; REYNOLDS, 1984); NAUGHTON, 2016, p. 5). It wasn't until 1991 that they actually had unrestricted access to what we think of today as the web (BRYANT, 2011). What became the private internet started as a series of “walled gardens,” a bunch of people who wanted to get together in small communities like the Whole Earth ‘Lectronic Link – the “WELL” – or AOL, Prodigy, and CompuServe (AOL's ‘Walled Garden’, 2000).

What the internet did was something quite remarkable. It allowed people to connect outside those walled gardens. It allowed you to interact with someone who wasn't part of a preexisting community, who wasn't geographically near you, who wasn't in the same community of scholarship and the same community of thought with you. And that connection turned out to be extraordinarily and unexpectedly valuable.

## **2 THE SPLINTERING OF THE INTERNET**

My thesis is that the internet is being balkanized. We are returning to walled gardens. Some of those walled gardens are run by private companies, but increasingly, they are being created by drawing national boundaries around the internet. I think this phenomenon is already far along, and there are powerful

<sup>2</sup> As an aside, this is the grain of truth to the oft-mocked claim by Al Gore that he invented the internet. He was instrumental in funding broadband connections to build the planned information superhighway. See Mikkelson (2005, “During my service in the United States Congress, I took the initiative in creating the Internet. I took the initiative in moving forward a whole range of initiatives that have proven to be important to our country's economic growth and environmental protection, improvements in our educational system.” (quoting TRANSCRIPT, 1999).



forces behind it. The balkanization of the internet is a bad thing, and we should stop it if we can.

Now, I'm going to pause here and note that there should be a fairly heavy presumption against my argument. I am not the first person to say that the internet is in trouble and is going to die<sup>3</sup>. And this is not even the first time I've said it (*see generally* LEMLEY; LEVINE; POST, 2011, p. 34)<sup>4</sup>. The internet has shown surprising resilience, and we shouldn't just assume it's going to go away. Nonetheless, I hope to convince you that there is a real problem here and that we should be concerned about it.

## 2.a Nationalizing Software and Regulation

One way to think about this problem is to take John Gilmore's aphorism and reverse it. John Gilmore said in 1993 that "the Net interprets censorship as damage and routes around it." (*see* UNITED STATES, 1995, and accompanying text). The idea was that we had a distributed network that can avoid centralized control. Today, I think it's fairer to say that censorship interprets the internet as damage and routes around it. As I argue here, governments have, in fact, figured out ways to avoid or control efforts of the internet to get around their censorship.

So, let me start by trying to persuade you that we are balkanizing the internet. That might seem an odd claim. If you look around, by all accounts it's the giants of technology who increasingly run everything. Google, Facebook, and Apple are everywhere in our world. That seems like centralization, not decentralization.

That's true for most of you because you're in the United States. But outside the United States, things look very different. We worry in the United States about decades-dominant platforms, but those platforms aren't actually dominant in most of the world.

If you go to China, you will not find Google and Facebook at all, and you will not find Apple as a dominant player. The sites that dominate the Chinese

<sup>3</sup> *See, e.g.*, Morrison (2020, "Section 230, the law that is often credited as the reason why the internet as we know it exists, could be facing its greatest threat yet."); Palmer (2017, "If net neutrality is repealed, the internet will die!" I'm paraphrasing, of course, but this is what many proponents of net neutrality believe. My issue with this line of thinking is that the idea presupposes the internet was previously alive and well. It was not.)

<sup>4</sup> (stressing that in 2011 two congressional bills posed serious threats to the internet).

internet ecosystem are WeChat, Baidu, and Tencent.<sup>5</sup> If you go to Russia, you'll find Yandex, not Google, as the dominant internet company.<sup>6</sup>

And I think, increasingly, this is going to turn out to be true in Europe, which is a bit of a special case. Europe is targeting and restricting U.S. companies on the internet for both policy and mercantilist reasons (REDA, 2019).<sup>7</sup> And I think they will end up either moving European consumers to separate European internet companies and internet technologies or, perhaps, co-opting U.S. companies in ways that still end up dividing the U.S. experience from the European experience.

If you look at the rest of the world, what you see is actually an ongoing nation-by-nation competition for who gets the internet. And that competition is not one that the United States is necessarily going to win. To date, countries like Brazil and India have been primarily adopting U.S. technology companies and U.S. technology platforms (CAPALA, 2018; WORLD, 2020), though there's reason to think that's about to change (HUSSAIN; SAALIQ, 2020, at A5; GETTLEMAN; GOEL; ABI-HABIB, 2019, at A5; SCOLA, 2014; KEMENY, 2020).

But if you look at Vietnam, Thailand, Indonesia, Malaysia, and others, those countries are buying into the Chinese model.<sup>8</sup> And the companies that end up running the internet in those countries will increasingly be the Baidus and WeChats of the world, not the Googles and Facebooks.

That's also true in many countries in Africa and even Latin America, where China is building the physical infrastructure (NANTULYA, 2019; ZHANG, 2019), and it's increasingly easy for them to also build the software and technological infrastructure. So, while many countries have dominant private internet players, they're not the same private player.

The competition is not just for what company runs large aspects of your life. Instead, I think it reflects competition between regulatory models that are going to determine whether the internet as we know it will continue to exist in any given country.

---

<sup>5</sup> China's Top 10 Internet Companies in 2019. In: China Daily (Aug. 27, 2019, 6:40 AM). Available at: <<https://www.chinadaily.com.cn/a/201908/27/WS5d645fc1a310cf3e35567f97.html>>.

<sup>6</sup> With 56% of Market Share, Yandex Is Confirmed as the Leading Search Engine in Russia – Gargiullo: “The Key To Selling in Europe’s Biggest Market,” PR.com (Oct. 10, 2019). Available at: <<https://www.pr.com/press-release/796700>>.

<sup>7</sup> For further discussion of EU regulations, see Satariano (2020); Bradford (2020, p. xii-xix and accompanying text of note 15).

<sup>8</sup> Chen; Lee (2019, noting that “Vietnam and Thailand are among the Southeast Asian nations warming to” China’s restrictive internet governance model); Das (2019, noting Malaysia’s adoption of Chinese 5G technology); Jingjing (2018, noting Chinese investment in tech in Indonesia).

In the United States, we largely listened to Barlow, at least in the 1990s and at least where the sacred cow of intellectual property (“IP”) wasn’t at issue. We let the technology companies get largely free rein. They ended up controlling your data, and that’s a potential problem for many people (SCHECHNER, 2019). But by and large, people have been free to post what they want, and they’ve been free to share it on whatever platform they want. There’s reason to think that’s going to change in the current political climate. The U.S. internet is under a lot of pressure from a variety of sources.<sup>9</sup> But if it does change, it’s as likely to be in the direction of less private filtering of content and more First Amendment protection for hate speech as the reverse.<sup>10</sup> So, I think the freedom of the U.S. internet, with its good and bad aspects, is and will remain the U.S. model.

IP is a big exception. U.S. copyright industries have tried for some time to shut down as much of the internet as possible (for discussion of this history, see, for example, LEMLEY, 2011, p. 125, and LEMLEY; REESE, 2004, p. 1.345). I think they’ve given up trying to shut it down altogether, but they would like to lock it down to the extent possible.<sup>11</sup> One way they accomplish that is through geoblocking<sup>12</sup>. And increasingly, their efforts are being accommodated by U.S. tech companies who are coming to deals with the copyright companies to engage in various kinds of filtering.<sup>13</sup> But outside IP, the U.S. approach to the internet has been fairly *laissez-faire*.

In Europe, by contrast, the content industries and the government get more, and more effective, control over the internet than they do in the United States. IP is once again a big driver. The copyright industries in Europe are quite influential, and the political leverage that U.S. tech companies have had, at least until recently, in the United States is not present in Europe. There is also a kind of nationalistic bias or Eurocentric bias against U.S. tech companies (KANTER, 2016; WATERS; FLEMING, 2017). And there’s much greater concern with privacy in Europe than there has been historically in the United States, a concern that recently manifested itself in a European court order blocking transfers of data to

<sup>9</sup> Both the left and the right have attacked § 230, the core law that preserves internet freedom from legal liability. Morrison (2020). On the importance of § 230, see generally Koseff (2019) and Chander (2014).

<sup>10</sup> See Mark A. Lemley, *The Contradictions of Platform Regulation* (forthcoming 2021) (on file with author).

<sup>11</sup> Copyright owners are now trying to replace the DMCA’s notice-and-takedown regime with “notice and stay down,” which requires internet intermediaries to find and filter out any content copyright owners consider infringing. See, e.g., Bailey (2016). Europe recently adopted such a system. See European Union (2019, p. 92-95); United (2020). For criticism of these proposals, see, for example, Lemley; Sprigman, 2016.

<sup>12</sup> See generally Yu (2019, discussing “the copyright industries’ increasing demands for the use of geoblocking”).

<sup>13</sup> Google, for instance, processes more than 2 million copyright takedown notices every day (HALL, 2016). And that is despite having spent hundreds of millions of dollars to build ContentID, a screening system for YouTube that proactively finds copyrighted content and blocks it or helps the copyright owner monetize it. YouTube has paid billions of dollars to rights owners through the system. (HALE, 2018, reporting over \$3 billion in payouts as of 2018).

the United States because of concerns about U.S. surveillance.<sup>14</sup> And all of that means the European Union is increasingly seeking, and increasingly getting, control over what goes out on the internet there (BRADFORD, 2020, p. xii-xix).

European governments use that control primarily, but not exclusively, for commercial or mercantilist ends. They want their newspapers to be paid more. They want control over copyrighted works. They want privacy, for both good and bad purposes (BRADFORD, 2020, p. xii-xix at 248-249). Europe demands that companies not collect information about citizens, but it also wants its citizens to be able to hide bad public facts about them so that people can't find out bad things that they've done in the past.<sup>15</sup> Europe is also more likely than the United States to control various kinds of hate speech, whether it's Nazi memorabilia or other information that they find offensive (*see, e.g.*, SATARIANO, 2020). But by and large, Europe doesn't look radically different than the United States. It's just that the various forces who want commercial or personal restrictions on the internet have more power there than they do here.

In China and Russia, the internet is effectively controlled by the political arm of the state, and those states are both surveilling and locking down speech they don't like. You can't talk about democracy, Falun Gong, Tiananmen Square, or more recently, Hong Kong elections on WeChat (SCHIFFER, 2019) or you'll just get shut down. That works because China has built a censorship system that works with the Chinese apps and software that almost everyone uses in those countries (ECONOMY, 2018). And it has blocked or driven out many of the software programs that might challenge that censorship system.<sup>16</sup>

India is an interesting example of a country that has traditionally had a relatively open internet but which seems to be moving very heavily in the direction of locking it down. They shut down the internet altogether in Kashmir for several months as part of a political attack and crackdown on the Muslim population there (HUSSAIN; SAALIQ, 2020, at A5; GETTLEMAN; GOEL; ABI-HABIB, 2019, at A5). And that model, I think, is increasingly likely to be used in India.

It's also increasingly likely to be used by authoritarian regimes around the world or authoritarian wannabes. These countries learned from Arab Spring the power of technology to potentially foment a revolution (LYNCH, 2016). And if you're an authoritarian government, you don't want a revolution. So, they want

<sup>14</sup> A preliminary order has been issued. Schechner; Glazer (2020). The order is implementing a recent decision holding that where data is transferred to third countries, those countries must comply with EU standards. Case C-311/18, Data Prot. Comm'r v. Facebook Ireland Ltd., Maximillian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559, ¶ 203 (July 16, 2020).

<sup>15</sup> For a discussion of the European "right to be forgotten" and its abuse, see Keller (2018).

<sup>16</sup> Cohen (2020); Daskal; Ohm (2018, "China, Russia, Bahrain, and Saudi Arabia, for many years, have engineered central points of control and failure into communications networks.").

to be able to control – to lock down – the means of communication (DASKAL; OHM, 2018). And they’ve learned from various other examples, such as China, Russia, and India, that they can shut down either individual companies – blocking Facebook until they take down posts they don’t like, for instance, or blocking Google until they do various things – or even that they can block the internet altogether to prevent dissidents from organizing. Iran (ETEHAD; MOSTAGHIM, 2019), Turkey,<sup>17</sup> Malaysia (MALCOLM, 2016), Brazil (JUDGE, 2016), Pakistan (GOEL; MASOOD, 2020), and various Arab countries have all blocked large parts of the internet at one time or another.<sup>18</sup> Brazil has been most explicit. It has announced its intention to create a national, walled-off internet on the China model (SCOLA, 2014; KEMENY, 2020).

It’s not just differences in local regulations that are leading to different software in different countries. Rather, it’s increasingly hard for foreign internet programs to penetrate local markets as a structural matter. Russia, for instance, has blocked LinkedIn (RAINSFORD, 2016), is requiring local Russian apps to be loaded on all smartphones (PUTIN, 2019), and is indeed writing its own version of Wikipedia (TANGERMANN, 2019). Russia doesn’t like the fact that on Wikipedia just anybody could share information with the world. They want their citizens to see their government-vetted and approved information. China hasn’t written its own Wikipedia, but it has effectively achieved much the same result by banning Facebook and Google unless they complied with local censorship laws, which effectively kept them out of the country. China also encouraged the development of alternatives like Baidu and Tencent, which are, because they are Chinese, ultimately beholden to the Chinese government.

It’s not just China and Russia banning foreign software, though. TikTok is the most popular social media app among young people.<sup>19</sup> But they may not be using it for long, at least in America, because the United States is on an active campaign to shut down TikTok because it is owned by a Chinese parent company.<sup>20</sup> And if it’s owned by a Chinese parent company, the U.S. government fears they must secretly be spying on us (see VIGDOR, 2020). Now, I don’t know whether TikTok is, in fact, secretly spying on us.<sup>21</sup> But I also don’t know that

<sup>17</sup> Bilgic (2019, discussing Turkey’s ban on Wikipedia because the Turkish government didn’t like how its policies were described there, and noting previous Turkish bans on Twitter, YouTube, and Facebook for political reasons).

<sup>18</sup> For a discussion of internet shutdowns worldwide, see generally Gregorio; Stremlau (2020).

<sup>19</sup> TikTok has been downloaded over two billion times. See Panday (2020).

<sup>20</sup> Harwell; Romm (2019, noting censorship concerns but also pointing out that TikTok itself is based in the United States and doesn’t use Chinese moderators for its platform); Fung; Disis (2020, noting the Trump administration “appealed a decision handed down by a federal judge [...] that prevented authorities from fully implementing its restrictions against” TikTok).

<sup>21</sup> Many of these claims come from political rather than expert sources. See, e.g., Sebenius (2019). The actual technical evidence of TikTok collecting data from phones was consistent with collecting data in order to block spam, and the report found that virtually every large app was doing the same thing. See Bakry; Mysk (2020). And TikTok, unlike many U.S. apps, fixed the privacy bug when it was identified publicly. *Id.*

we should care. I'm not sure that if foreign intelligence agents actually saw everything Americans were doing on TikTok, they would gain much of great social value. Or perhaps the national-security apparatus cares more about our personal lives than we think. After all, the United States also barred Chinese ownership of the gay dating app Grindr on national-security grounds (PETERS, 2020).

TikTok and Grindr illustrate a broader point – It's not just authoritarian governments that are using balkanization to lock down the internet. The United States is responding in a number of cases by saying, "We don't want foreign apps on our soil." And it's not just TikTok; the United States has also banned WeChat, the leading Chinese communications platform and one many Americans use to conduct business with China (SWANSON; McCABE; NICAS, 2020). It has prevented a Chinese company from acquiring a hotel management software company on "national security grounds." (McLAUGHLIN, 2020). And the FBI has taken the position that any mobile app from Russia is a "potential counterintelligence threat." (BRODY, 2019).

Europe is in an interesting middle position because it doesn't really have its own software companies,<sup>22</sup> in part because of its less permissive attitude toward internet freedom.<sup>23</sup> Most of the technology companies that developed did so in the United States. But Europe is the largest market in the world (BRADFORD, 2020, at 26-30). And as the United States increasingly abandons any pretense of global leadership, Europe increasingly controls the way U.S. companies work (BRADFORD, 2020, at xiii-xiv, 99-101), in several different ways. Sometimes it does so by setting a standard that others follow – passing something like the General Data Protection Regulation ("GDPR") on privacy, which then California copied in its new Privacy Act.<sup>24</sup> Sometimes Europe prompts balkanization within a company, demanding geoblocking – in effect saying, "We don't care what your U.S. consumers experience. Here is what everyone in Europe has to see." (see *generally* YU, 2019).<sup>25</sup> Most problematic, sometimes it does so by insisting on imposing its rules worldwide. The GDPR rules, for instance, apply not just to European citizens, not just to transactions in Europe, but to any company that does any business with customers in Europe, which is almost any company (see KELLER, 2018, at 290).

Anu Bradford has gone so far as to say the European Union rules the world at this point, not because it is the most powerful – although it does

<sup>22</sup> That may be changing. In response to the Trump administration and U.S. nationalism, Europe has "embarked on a generational project toward 'digital sovereignty,' mixing tougher rules against foreign tech companies with efforts to boost local innovation." (ERLANGER; SATARIANO, 2020).

<sup>23</sup> Cf. Lerner; Rafert (2015, showing that investment in tech innovation increased in the United States and declined in Europe because of stricter European IP rules); Hall (2016).

<sup>24</sup> California Consumer Privacy Act of 2018, Cal. Civ. Code §§ 1798.100–1798.199 (2018).

<sup>25</sup> (discussing geoblocking).

currently have the largest economy – but because it has the regulatory will to use that economic power to try to tell other people what they have to do, at least in Europe (BRADFORD, 2020, at 25-65).

Not only do people increasingly use different software and have different experiences in different countries, but even when they use the same software, it is often customized for location. And what that means increasingly is that the promise of the internet – that we get to communicate with people, we get to share information and experiences with people all around the world – is being cut short. The news you see, the facts you see, and even the maps you see change depending on where you are (YANOFSKY, 2014). That may be because they're being produced by different companies. Or it may be that the same global company is giving different information to different people in different countries because their governments demand it.<sup>26</sup>

## 2.b National Hardware Networks

But it's not just software. Increasingly, hardware is itself being nationalized. Now, some of this is market division. The iPhone is the dominant device in the United States, the United Kingdom, Canada, Australia, New Zealand, Denmark, Norway, Belgium, Switzerland, and Japan. But those are the only countries in which the iPhone is the dominant phone. In the rest of the world, some phone from the Android ecosystem is the dominant phone, and iPhone shares are actually quite small. Indeed, the iPhone has less than one-third of the overall market.<sup>27</sup>

That could be consumer choice – iPhones cost more than a lot of Android phones, so maybe they're more likely to be purchased in rich countries. But that's not all of it. In most of Europe, the iPhone is not dominant.<sup>28</sup>

The fact that different countries use different phone hardware is going to become an increasingly significant problem. The United States is currently in the process of banning Chinese phones from the market. The government views

<sup>26</sup> Facebook engages in geotargeting, for instance. *About Location Targeting*, Business Help Center, FacebookforBus. Available at: <<https://www.facebook.com/business/help/202297959811696>>.

<sup>27</sup> See *Android v iOS Market Share 2019*, DeviceAtlas (Sept. 9, 2019), <https://deviceatlas.com/blog/android-v-ios-market-share> [<https://perma.cc/QVR7-3B23>] (finding that most countries prefer Android); *Samsung Reclaims the Top Spot as Smartphone Market Performs Better Than Expected with 353.6 Million Device Shipments in 3Q20, According to IDC*, IDC (Oct. 29, 2020). Available at: <<https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS46974920>>.

<sup>28</sup> *Id.* The United Kingdom is no longer in the European Union, unfortunately. *U.K. Leaves E.U., Embarking on an Uncertain Future*, New York Times (Jan. 31, 2020). Available at: <<https://nyti.ms/2OggOCT>>.

Huawei and ZTE phone technology as a security risk, much like TikTok (see COLLINS, 2018; SHIELDS, 2020). The U.S. government is trying to keep them out of the U.S. market altogether (SHIELDS, 2020). And it is pushing Europe – so far, unsuccessfully – to ban Chinese phone technology as well (ROGERS, 2019). The United States won't even let Huawei use American technology to build its phones (SWANSON, 2020). It grounded its entire fleet of drones because they had Chinese parts in them.<sup>29</sup> It has even objected to the presence of Huawei router equipment on private land sufficiently near a U.S. military base. We not only don't want Huawei phones or technology in the United States or on U.S. military bases, but we don't want them within a certain geographic range around a U.S. military base (SHIELDS; SEBENIUS; MORITZ, 2019). The U.S. attorney general has even proposed nationalizing (foreign) cell-phone makers to create a U.S. counterweight to Huawei (HOSENBALL; BRUNNSTROM, 2020). There may be legitimate security concerns with Huawei phones, though there is disagreement on that score.<sup>30</sup> But this reaction seems quite extreme.

It's not just cell-phone makers. As part of this policy, the United States is affirmatively engaged in a mercantilist battle to try to promote Qualcomm and Qualcomm's chips over alternatives. The U.S. government filed a brief challenging the Federal Trade Commission – a different branch of the U.S. government – essentially saying, “We have to let Qualcomm hold on to a monopoly on chips, even though they're violating the antitrust laws, because to do otherwise would violate national security.”<sup>31</sup> If we let anybody but Qualcomm build the chips, the Justice Department reasoned, who knows what's going to be in those chips? They could have spyware or back doors built in that would give the Chinese government access to information passed through the chips.<sup>32</sup> The U.S. government has sought to block other semiconductor mergers on “national security” grounds (MOSHIN; McLAUGHLIN; LEONARD, 2020).

This isn't just an objection to Chinese technology. The Trump administration also refused to allow Broadcom to buy Qualcomm because Broadcom is based in Singapore (LEITER; SCHLAGER; VIEIRA, 2018). Again, the reasoning was nationalistic. Right now, the theory seems to be, the United States would have ultimate control over Qualcomm because they're based in the United States (LIBERTO, 2019). But if they're based in Singapore, who knows

<sup>29</sup> Well, the civilian government drones, anyway. Friedman; McCabe (2020). Apparently, U.S. killer drones with Chinese parts are still OK.

<sup>30</sup> Compare Rascouet; Henning; Ahmed; Pfeiffer (2020, quoting executives from Verizon and Ericsson who assert 5G is more secure than its 4G and 3G predecessors), with Donahue (2019, noting a lack of trust due to Huawei's dependence on the Communist Party and China's intelligence apparatus).

<sup>31</sup> See Brief of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Appellant and Vacatur at 32–34, Fed. Trade Comm'n v. Qualcomm Inc., 935 F.3d 752 (9th Cir. 2019) (n.° 19-16122).

<sup>32</sup> See *id.*; see also Benner (2020, “The White House and American national security experts have said that companies including Huawei are too closely tied to the Chinese government, and that their equipment could give Chinese officials unlawful access to data and communications if networks across the world decide to use it.”).



what could happen? The Singaporean government could impose restrictions or requirements on what the merged company does. Conversely, and not incidentally, the United States would be less able to insert its own back doors into the chips or impose requirements.

Nor is nationalization limited to the United States and China. India has barred a variety of Chinese mobile apps, including TikTok (ABI-HABIB, 2020). The United States has been lobbying Europe to do the same thing, even threatening to cut off data sharing with Europe if they don't cut off Chinese companies (ROGERS, 2019), and it has persuaded the United Kingdom to ban Huawei (DONALDSON; SEAL, 2020).

This isn't something that's going to go unanswered. If the United States says to China, "Sorry, none of your companies can participate in building phones for the next generation," or if we say to Singapore, "Sorry, none of your companies can participate in building chips to go in those phones," other countries will do something similar in response.<sup>33</sup>

It's not at all clear the United States would win such a competition. China is building a 5G network, and it's not just building it in China. Through the Belt and Road Initiative, it's building that network in Africa, Latin America, and Asia as well (FENG, 2019; NANTULYA, 2019; ZHANG, 2019). Those countries will use a 5G network that may well be incompatible with the U.S. 5G network because we are building different hardware systems that don't necessarily talk to each other.<sup>34</sup> And even if data can pass between the networks, it will increasingly be on software platforms that are nation specific. The United States may ban TikTok, but that doesn't mean the rest of the world will; relatively few of those two billion downloads are American teenagers (*see* IQBAL, 2020).<sup>35</sup>

This incompatibility is something we used to have in the early days of cell phones – GSM versus CDMA technologies.<sup>36</sup> It's something we used to have in the early days of software. You couldn't actually read files from an Apple if you were on a Windows computer and vice versa. Technical incompatibility is something we've gotten away from, to everyone's benefit. It looks like we're moving back to a world where what you can see and who you can talk to is a function of what software and hardware you use. And that, in turn, increasingly will depend on where you live.

<sup>33</sup> I don't mean to suggest that the United States is the only or the worst offender. China has been discouraging U.S. tech companies from doing business in China for many years. (LESKIN, 2019).

<sup>34</sup> Benner (2020); Fildes (2020, "One of the biggest issues for the telecoms industry is the dominance of giants like Huawei, whose technology is very hardware-centric and incompatible with other vendors' technology.").

<sup>35</sup> TikTok has 500 to 800 million active users (IQBAL, 2020). "Only 9% of US internet users have used TikTok, with 5% more interested in using it; this rises to 49% for teenage users." (IQBAL, 2020).

<sup>36</sup> GSM refers to "global system for mobile communications," while CDMA refers to "code-division multiple access technology."

Some of this nationalism is justified by worries about foreign spying, but I think it's at least as much justified – both in the United States and in China – by a desire for domestic spying (see CHANDER; LE, 2015). While we rightly worry about China, the United States has a pretty comprehensive electronic surveillance infrastructure in place (see FARRELL, 2013; GALLAGHER; MOLTKE, 2018). Anybody remember Ed Snowden? We've had sufficient shocks in the world in the past five years that we kind of forgot about that one. But the United States has built and is trying to expand quite a significant electronic surveillance mechanism. The Federal Bureau of Investigation ("FBI") has, on several occasions – including, most recently, this year (see BRODKIN, 2020) – tried to prevent private companies within the United States from engaging in effective encryption. They've tried to block Facebook from doing end-to-end encryption on WhatsApp (see DOFFMAN, 2019). They have tried to force Apple to put a back door into its phone so that when something bad happens, the FBI has the ability to unlock that phone (ZETTER, 2016). That's a battle that has been going on for a long time. The few people in the room as old as me might remember the Clipper chip of 1995, which was the last time the U.S. government said, "We need to build a back door in the internet so that the FBI can see and read everything you're doing." (MATTHEWS, 2019).<sup>37</sup>

So if we are worried about foreign surveillance of our citizens on the internet, I think at most what we could say is not that we don't do it, or that we do it less, but that historically, pervasive U.S. communication software surveillance has been used in the service of a less repressive agenda here than it has elsewhere. I hope that will remain true, but I'm not sure that it will.

And at a minimum, even if you still trust your government to always do the right thing, the rest of the world doesn't. And that means that if we're going to insist on U.S. chips with U.S. surveillance built in, and China is going to insist on Chinese chips with Chinese surveillance built in, other companies and countries are not automatically going to choose the United States as the lesser of two evils.

The software differences are bad enough. But once internet hardware is country specific, this becomes harder and harder to undo. And mobile devices are built to operate with their national networks. Chinese phones work with Chinese software apps in China; U.S. phones work with U.S. software apps in the United States. It's easier. It's more logical to optimize the software for that hardware – that is, to run different, incompatible software systems because they work best with others in the same country, which is, after all, who we communicate with most of the time. So we're not just experiencing different things on the same network. Increasingly, our devices may not be capable of interoperating or even seeing the same things.

---

<sup>37</sup> For a discussion of these proposed "exceptional-access mandates," see Rozenshtein (2019).

## 2.c Nationalizing the Network Itself

Even the backbone of the internet itself is not immune from balkanization. There are increasing moves by companies and internet service providers (“ISPs”) to filter malicious sites at the domain-name-system (“DNS”) level so that they are never accessible at all, even on your server system.<sup>38</sup> Not that you just don’t see them on your device. Your corporate server never sees them either. The DNS routing system pretends that site on the internet simply doesn’t exist. If you try to send a message to it, you will not get a response.

Preventing malicious sites seems like a good idea. But the definition of “malicious sites” depends on your perspective. It could be and often is cybersecurity hacking, phishing scams, and the like. But porn, or democracy in Hong Kong, or sites that encourage voting by mail, could all be viewed as malicious sites, depending on who is deciding which parts of the internet you get to see.

Other ISPs insert their own advertising for nonexistent pages. If I try to search for a page that doesn’t exist, the ISP pretends there’s a page there and fills it with advertising.<sup>39</sup> They may do the same for pages filtered off the internet. The U.S. government did the same thing when it “seized” internet domain names for alleged IP infringement, changing the pointer in the routing system to the Justice Department web site.<sup>40</sup> And of course, hackers try to attack the internet routing system altogether, substituting a malicious page for the one the system expects to find. All these efforts fragment the reality we see, so that what I see at rojadirecta.com is not what you see there.

Even the very backbone of the internet – this DNS routing system – is fragile and potentially subject to government manipulation. The DNS system that makes it work is literally controlled by fourteen people who hold seven sets of keys (BORT, 2014). They’re sort of the early blockchain. If they all agree, this must be a canonical DNS router. If someone can change that – if those computers change their DNS entry or even if they start to disagree – we no longer see the same things on the internet. That’s different than blocking a website. Someone with control over a DNS server can literally create their own version of the internet that everyone who relies on that server will assume is the canonical one (see LEMLEY; LEVINE; POST, 2011, p. 34).

<sup>38</sup> See *How Does DNS Filtering Work?*, WebTitan (Aug. 30, 2019). Available at: <<https://www.spamtitan.com/web-filtering/how-does-dns-filtering-work>>.

<sup>39</sup> Cf. *Advertising Policies Help: AdSense for Domains Trademark Complaint*, Google. Available at: <<https://support.google.com/adspolicy/answer/50003?hl=en>>. (demonstrating that Google can display ads on pages with inactive domain names).

<sup>40</sup> See Anderson (2012, discussing examples of government IP-related domain-name seizures). Full disclosure: I represented Rojadirecta in this case.

The internet has always been international and global. In part, though, that's an accident of history. The United States was the de facto custodian of the internet because the companies that administered the backbone happened to be located here, because it was first built here (*see generally* LEINER, 1997).<sup>41</sup> And we have traditionally been the laissez-faire country when it comes to the internet. But that effective freedom is changing. The DNS system is not officially a U.S. phenomenon. And even unofficially, our de facto control over the DNS system is shrinking. We passed control from the U.S. government to a private, nonprofit organization called the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN") a couple of decades ago.

ICANN is based in the United States, so it is nominally subject to U.S. law. ICANN is a dubious custodian of DNS.<sup>42</sup> Most recently, it considered (and thankfully rejected) selling ".org," the nonprofit top-level domain, for \$1 billion to for-profit companies who will presumably then not do anything profit making with it (*see* LEE, 2020).

But even if you thought ICANN was fine, many countries are pushing to take control of the backbone away from the United States altogether, putting it in the hands of the United Nations through the International Telecommunications Union or, more likely, giving each country control of its own top-level domain (LYNN, 2016; SOME, 2012). Under this approach, the U.K. government would have control over the parts of the DNS server that point to ".uk" and the like. Doing that would make political shutdowns or diversions to alternate realities a lot easier. And indeed, various countries – including, unfortunately, the United States – have made efforts to interfere with DNS routing for political purposes. Internet shutdowns in Iran and Turkey were done by basically rerouting or turning off the outside world's access to the country's top-level domain (DIGITAL, 2019; INTERNET, 2016).

In the United States, nearly a decade ago, we proposed the Stop Online Piracy Act ("SOPA") and the PROTECT IP Act ("PIPA") that would have enforced U.S. copyright law by literally making the sites that infringe invisible to the world (LEMLEY; LEVINE; POST, 2011, p. 34). The DNS servers simply would not return a result, and any ISP would be forced to pretend to you that those sites didn't exist – not tell you they're infringing, not take down the sites, but pretend that they did not exist at all (LEMLEY; LEVINE; POST, 2011, p. 34).

SOPA and PIPA died because an unprecedented number of internet users rose up against it en masse to protect the internet (FITZPATRICK, 2012). But I'm not sure that people have the same love for the internet in 2020 that they did in 2011. The next time a government (perhaps ours) decides to divert people away

<sup>41</sup> (summarizing the development of the early stages of the internet).

<sup>42</sup> For an older but detailed analysis, see generally Froomkin; Lemley (2003).

from the site they tried to visit to one the government thinks they should visit, the public might not be there to stop them. And the U.S. risk comes not just from copyright owners, but from an increasingly authoritarian – and desperate – Trump administration (see WHEELER, 2020).

### 3 THE INTERNET IS WORTH SAVING

The result, I think, is that we're losing the internet. We're replacing it with "the splinternet," a balkanized set of computer protocols that increasingly differs by company and by country. That's not a good thing.

Now, you might not like some aspects of the internet. Some aspects of the internet are pretty horrible. Different countries may disagree about what's wrong with it. They may want to regulate it in different ways; they may want it to do different things (see generally CHANDER, 2013).<sup>43</sup> But the internet has improved the world in all kinds of ways. Some of those are economic. The internet access industry alone generates a trillion dollars a year (THE GLOBAL, 2017), and that doesn't account for the commerce the internet makes possible.

The internet has also changed our lives for the better. Our phones improve our lives in ways we don't think about because we're not lost in a foreign country where we don't speak the language. We have a map that will get us where we want to go. We're not stuck on the highway with a flat tire and no way to communicate to anyone about that fact. We're not sitting in a restaurant waiting for a friend who canceled or debating some arcane fact with our friends without a device in our pocket capable of accessing all of the world's information.

For most of my lifetime, you did not take those things for granted. These are things that became available because we have access to this intersecting universe of information. Many of those benefits involve connection. They depend on the ability of systems to work together across multiple countries, across multiple languages. That's why the internet, and not a walled garden like Prodigy or CompuServe, is the thing we use today.

Balkanization means it's harder for people to share experiences across countries. Paul Ohm and Jack Goldsmith have argued that's a good thing, because we want different countries to have different rules, and those countries should be able to regulate the internet, just as they should be able to regulate any other part of their world (see GOLDSMITH; WU, 2008, p. viii; DASKAL;

<sup>43</sup> (arguing for harmonization wherever possible but acceptance of different regional rules governing internet behavior).

OHM, 2018, p. 21). But I think we lose something real when we splinter the internet. Doing so takes away the ability to see what the rest of the world has, how the rest of the world thinks, and that's a loss. I think it's a loss for everyone, but it's a particular loss for people in repressive regimes who can look to the outside world for hope, for inspiration to demand change, and for the means of facilitating that change. If we take that away by allowing repressive governments to control how their citizens see the internet, we take away the prospect of freedom for a substantial number of people.

The internet famously enabled democratic uprisings in the Arab Spring (CHANDER, 2011, p. 3).<sup>44</sup> But splintering the internet also means it's easier for repressive governments to shut down outside access altogether – as Belarus (see GALLAGHER, 2020), Iran, and Turkey have done recently, and as India has done in Kashmir during its crackdown on minority groups. And even if they don't shut down the internet altogether, those countries will end up with much more significant control over the companies who are providing the information to you if those companies are local (CHANDER; LE, 2015, p. 735).<sup>45</sup>

The global nature of internet companies has mitigated that risk to some extent. If China wants to censor Google, Google can tell China to pound sand, and it did (WADDELL, 2016).<sup>46</sup> Medium can tell Malaysia to pound sand, and it did when it was told to censor content that Malaysia didn't like (WHY, 2016). Baidu can't do the same with China because Baidu is in China. And an Iranian-based internet company or a Russian version of Wikipedia shouldn't be expected to offer much resistance to the demands of the nations where they are based.<sup>47</sup>

Nationalized surveillance-enabled systems aren't just enabling government repression. They're also a cyber-security nightmare. Collect all of the sensitive data about what people are saying, what they're doing, what their accounts look like in a government system, and that government system will be hacked. I guarantee it. The more valuable the data the government collects, the bigger the target its database will be. And we've built not just our political and our social polity and conversation into the internet, we've built many of our most important systems around the internet backbone. Your banks, your power companies, various things that we depend on for the infrastructure of modern civilization are built into a network that we are increasingly making a nationalized, hackable, surveilled system. And the idea that governments – U.S. or foreign – will have more control over them is troubling.

<sup>44</sup> (“Across the world, dissidents have used the web to circulate information, relying on offshore servers to avoid local repression.”).

<sup>45</sup> (“The end result of data localization is to bring information increasingly under the control of the local authorities [...]”).

<sup>46</sup> (discussing Google's decision to withdraw from China in 2010).

<sup>47</sup> Some, but not all, U.S. companies pushed back against unlawful surveillance by the U.S. government during the Bush and Obama administrations. (GROLL, 2016). But the United States is (hopefully still) not a repressive government.

The worst thing to me about the splintering of the internet is that I think the way we're losing the internet parallels the way we're losing the project of globalization. Globalization sometimes gets a bad rap (SHORT, 2016), but for me, it is something valuable. And we are replacing globalization with a particularly authoritarian form of tribalism in countries around the world: in the United States, the United Kingdom, China, Russia, India, Brazil, Turkey, Hungary, and the Philippines (*see, e.g.*, WOLF, 2019). In country after country, the future seems to lie not in reaching out and interacting with the world around you, but in autarkies. Countries are drawing boundaries around their race, their nationality, their religion, and so forth. The splintering of the internet reflects that retreat from globalization, but it may also make it harder to undo. One possible mechanism for unifying the internet – international law and international norms – seems less promising than it would be in a world that was more committed to cooperation. And the results may be catastrophic (*see generally* FRIEDEN, 2007).<sup>48</sup>

#### 4 WHAT CAN WE DO?

That brings me to the last part of the speech, the part where I tell you how to solve the problem. Unfortunately, I don't have great ideas. Nonetheless, here are four suggestions.

First, we should promote technologies that are resilient to government censorship. End-to-end encryption of phones and messaging is a good start. We ought to be building it into all of our systems, and we ought to be using systems only if they are, in fact, encrypted. Encryption and blockchain-based technologies can allow persistent pseudonymity, so that people can actually interact with a verifiable person without having to identify them and know who they are (BLOCK, 2019). VPNs – or “Virtual Private Networks” – can allow tunneling through national firewalls to give you access to other people's internet experiences.<sup>49</sup> We need to protect and promote these technologies, not undermine them. People can use them to avoid censorship in countries that engage in software filtering.<sup>50</sup> That means we need to fight government efforts to introduce back doors wherever we can, not just when China imposes them, but when the United States tries to impose them on Apple phones as well.

<sup>48</sup> (arguing that a populist retreat from global trade at the beginning of the twentieth century eliminated the shared interests that otherwise staved off war, leading to World War I, World War II, and the Cold War).

<sup>49</sup> Paul Ohm refers to VPNs as a technology of balkanization (DASKAL; OHM, 2018, p. 20), but I think, in practice, that has it backwards – it is a technology that allows many to evade censorship by skirting geoblocking restrictions.

<sup>50</sup> VPNs may have a harder time getting around a coming regime of hardware surveillance.

Right now, many of these technologies are fringe. If you use blockchain – or peer-to-peer networks, back in the day – the assumption is that there’s probably something wrong with you. Maybe you’re a drug dealer or you’re engaged in copyright piracy or something. We often associate these fringe technologies with criminals, simply because we haven’t developed a mainstream tradition of using them. And without widespread legitimate use, much of the early use of these technologies is indeed by criminals (FOLEY; KARLSEN; PUTNIŅŠ, 2019, p. 1.800).

But that conclusion isn’t inevitable. The same thing was once said of secured-sockets-layer (“SSL”) encryption. Indeed, the United States tried to block encryption from being built into the internet back in 1995.<sup>51</sup> Now it’s standard. You wouldn’t want to give your credit card number to somebody, much less bank with them, if they didn’t actually have a secure transaction with robust encryption. What was once considered a dangerous fringe technology that was going to allow criminals to get away with all sorts of stuff is now something so standard that we get nervous if a website doesn’t have it. The same could turn out to be true of end-to-end encryption or blockchain if mainstream sites adopt them widely enough.

Widespread adoption of these technologies of connection makes balkanization harder. And at a minimum, countries that hope to protect the internet shouldn’t be making them illegal, either directly or through regulation via indirect devices like copyright anticircumvention.<sup>52</sup> The law should resist the inference that you’re facilitating a bad act by being anonymous or encrypted, and so we need to stop you. Unfortunately, the U.S. government often takes that position, and it has restricted the deployment of freedom-enhancing technologies like end-to-end encryption (see BRODKIN, 2020).

Second, individuals ought to resist hyper-personalization in the private market. We ought to be troubled by device and software specialization by private companies for some of the same reasons we resist balkanization by countries. Google, Tencent, Apple, and others want to keep you in their ecosystem (see HOOFNAGLE; KESARI; PERZANOWSKI, 2019, p. 839-840).<sup>53</sup> They want to send you from their search engine to their pet systems, their apps, and their devices, because the longer they can keep you in the ecosystem, the more information they can learn about you and the more opportunities they have to sell you

<sup>51</sup> See Levy (1994, discussing concerns about the effort to surveil communications online via the Clipper Chip); Matthews (2019, discussing the Clipper Chip).

<sup>52</sup> Cf. 17 U.S.C. § 1201 (2018) (establishing liability for circumventing access restrictions on copyrighted works).

<sup>53</sup> (noting that Amazon, Apple, and Google all offer exclusive access to products in their ecosystem to those who use their home speaker products).



things. So they are closing Applications Programming Interfaces (“APIs”) and making it harder for independent companies to write software that works with their ecosystems.<sup>54</sup>

Venture outside. Don’t use software only from your country. Don’t use software all from the same company. Resisting the walled gardens at the private level helps preserve the internet and prevents it from devolving back into AOL or CompuServe.

Third, the law should promote interoperability across walled gardens. One way to do this is to encourage open APIs both as a business and a legal matter. Another way is open-source or free software. The law shouldn’t mandate free software, but it should allow what Cory Doctorow calls “adversarial interoperability.” (see DOCTOROW, 2019).

Companies want to create walled gardens. They want to regulate who can see in over the wall, who can get access to that information. The law has not traditionally let them,<sup>55</sup> but a number of legal tools, including the Computer Fraud and Abuse Act and copyright law, have been used increasingly to try to prevent interoperability.<sup>56</sup> Those laws threaten to prevent competitors from making a software program that, say, allows Facebook users to share their data across Facebook and other platforms. That preserves incumbents by making it harder to build an alternative to Facebook. That is especially true in markets with significant network effects.<sup>57</sup>

Now, there are arguably good reasons why you want to prevent some sharing of data from incumbent platforms. One justification is privacy – people

<sup>54</sup> Daskal; Ohm (2018, p. 20, “The Internet has been horribly Balkanized by corporations at the app layer.”); Sharma (2019, “[Unfortunately, these] platforms have begun closing off access to information and features by restricting APIs.”).

<sup>55</sup> See, e.g., DSC Commc’ns Corp. v. DGI Tech. Inc., 81 F.3d 597, 601 (5<sup>th</sup> Cir. 1996); Bateman v. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532, 1539 n.18 (11<sup>th</sup> Cir. 1996); Lotus Dev. Corp. v. Borland Int’l, Inc., 49 F.3d 807, 821 (1<sup>st</sup> Cir. 1995) (Boudin, J., concurring), *aff’d*, 516 U.S. 233 (1996); Sega Enter. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1527–28 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); Atari Games Corp. v. Nintendo of Am. Inc., 975 F.2d 832, 843–44 (Fed. Cir. 1992); Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255, 270 (5<sup>th</sup> Cir. 1988); Mitel Inc. v. Iqtel Inc., 896 F. Supp. 1050, 1054–55 (D. Colo. 1995). See generally Band; Katoh (1995, discussing the court fights over interoperability). See Cohen (1995, p. 1.096); Samuelson (2017, p. 1.297); Gratz; Lemley (2018, p. 605, “Software copyright law has long favored interoperability. In many cases it has done so by denying protection altogether to elements of computer programs that exist only for purposes of interoperability, like APIs.”). Still other courts have found interoperability to be fair use. See, e.g., Sega Enter. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9<sup>th</sup> Cir. 1992), *amended by* 1993 U.S. App. LEXIS 78 (9<sup>th</sup> Cir. Jan. 6, 1993); Sony Comput. Ent., Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596, 599 (9<sup>th</sup> Cir. 2000).

<sup>56</sup> See generally Google v. Oracle, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018) (adopting a broad reading of copyright to prevent interoperability); United States v. Van Buren, 940 F.3d 1192 (11<sup>th</sup> Cir. 2019) (adopting a broad reading of CFAA); Mayer (2016, discussing the abuse of the CFAA). The Supreme Court at this writing is set to consider the scope of the Computer Fraud and Abuse Act, Van Buren v. United States, n.º 19-783 (U.S. 2020), and the permissibility of interoperability in software copyright, Google v. Oracle, n.º 18-956 (U.S. 2019).

<sup>57</sup> See Lemley; McCreary (2021, manuscript at 60-62); Kadri (2021, manuscript at 34).

don't necessarily want the data they share with Facebook passed on to other companies without Facebook's consent.<sup>58</sup> Although I have to say that the idea that Facebook is out there protecting your privacy by preventing you from using a cross-platform app – which they successfully did in *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*<sup>59</sup> – is a bit far-fetched to me.

But lack of open interfaces means concentration of private economic power. It means we all end up having to choose a single system. And in a market with strong network effects, that generally means all or most of us use the same system. And that, in turn, creates a central choke point governments can target.

That leads me to my fourth recommendation, which is we ought to be looking for mechanisms to promote vibrant competition in internet platforms. As Andrew McCreary and I explain in our paper, “Exit Strategy,” (LEMLEY; McCREARY, 2021, manuscript at 4) we no longer see the sort of Schumpeterian competition that has driven the tech industry for the last several years, in which one company comes out of nowhere and displaces the dominant market company. That used to be a central feature of technology markets, but it hasn't happened for a long time. If you look at the dominant companies – Google, Facebook, Apple, Amazon, Netflix – none of them are less than fifteen years old (LEMLEY; McCREARY, 2021, manuscript at 4). Most of them are more than twenty years old. That's a long time to be dominant in the notoriously fast-moving tech industry.

We argue in *Exit Strategy* that we can trace this stalled competition to the venture-capital model we used to fund the tech industry. Venture capitalists fund companies with the intention of cashing out sooner rather than later. While thirty years ago that cash out generally involved an IPO that kept the startup in the market, today most startup exits involve selling the company. And increasingly those sales are to dominant incumbents. We are encouraging founders not to build their company into the new Google killer, but to sell out and to sell out to the incumbents – to Google itself (LEMLEY; McCREARY, 2021, manuscript at 5-7). We argue that we need more robust antitrust law restricting mergers. We also need to rethink the way we fund startups and reorient them toward competition rather than selling out to incumbents (LEMLEY; McCREARY, 2021, manuscript at 8).

But whatever the reason we have lost it, we need competition in platforms. Competition is a good thing in itself. It produces better and cheaper services. But ironically, a more fragmented market may produce a more robust internet. Without competition – without choice – it becomes much easier to think of your

<sup>58</sup> For a sophisticated discussion of how to balance privacy and cybersecurity with data portability and interoperability, see Swire (2020).

<sup>59</sup> *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*, 844 F.3d 1058 (9<sup>th</sup> Cir. 2018).

internet provider as your regulator, insisting that the government compel them to control speech on their platform. Bigger, older companies may be more likely to comply with even unlawful or unreasonable government requests; they have more to lose by resisting the government. And it is easier for governments to regulate a single, central platform than decentralized technologies.

## 5 CONCLUSION

The genius of the internet is that because it is global and decentralized, there is more communication of information from more sources. The internet has brought us far more creativity from far more sources than ever before. And the reason is precisely because it wasn't the information superhighway, because it was not just canonical providers of information that the rest of us passively consumed. On the internet, the providers of information are all of us. It's everybody who posts on YouTube. It's everybody who posts on a blog. The internet made all of us creators. That's got some downsides. There's a lot of misinformation out there. There's a lot of political polarization that arguably can be traced to letting a bunch of people talk who were otherwise keeping quiet. But the internet gives us more access to information, and it gives us the tools to learn more and to try to figure out more easily what's right and what's not. It is the world's access to multiple different sources of information and content that is at stake with the splintering of the internet.

I don't think any of my suggestions are going to get us Barlow's free and independent internet. It probably never existed. But the internet took off in the 1990s as an alternative to the official government-corporate information superhighway. The idea of five hundred channels of TV is a push medium with top-down control. The internet was an insurgent, decentralized, interoperable network with no one in charge. And it was a runaway success. We got the five hundred channels, but we got a lot more. I think we should fight hard not to give up the internet for an information superhighway, particularly one that's controlled by our national governments.

## REFERENCES

ABBATE, Janet. Government, business, and the making of the internet. In: **Business History Review**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 75, issue 1, p. 147-149, 2001.

ABI-HABIB, Maria. India bans Chinese mobile apps like Tik-Tok. In: **The New York Times**, June 30, 2020, at B5.

ANDERSON, Nate. Government admits defeat, gives back seized rojadirecta domains. In: ArsTechnica (Aug. 29, 2012). Available at: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2012/08/government-goes-0-2-admits-defeat-in-rojadirecta-domain-forfeit-case/>>.

AOL's 'Walled Garden'. In: The Wall Street Journal (Sept. 4, 2000). Available at: <<https://www.wsj.com/articles/SB968104011203980910>>.

BARLOW, John Perry. A declaration of the independence of cyberspace. In: Elec. Frontier Found (Feb. 8, 1996). Available at: <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>.

BAILEY, Jonathan. Take down and stay down-rethinking the DMCA. In: Plagiarism Today (Mar. 28, 2016). Available at: <<https://www.plagiarismtoday.com/2016/03/28/take-stay-rethinking-dmca>>.

BAKRY, Talal Haj; MYSK, Tommy. Popular iPhone and iPad apps snooping on the pasteboard. In: Mysk (Mar. 10, 2020). Available at: <<https://www.mysk.blog/2020/03/10/popular-iphone-and-ipad-apps-snooping-on-the-pasteboard>>.

BAND, Jonathan; KATOH, Masanobu. **Interfaces on trial**: intellectual property and interoperability in the global software industry. London: Routledge, 1995.

BENNER, Katie. China's command of 5G Is a 'danger,' Barr says. In: The New York Times, Feb. 7, 2020, at B7.

BILGIC, Taylan. Turkey's Wikipedia ban violates rights, top court says. In: Bloomberg (Dec. 26, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-26/turkey-s-wikipedia-ban-violates-rights-top-court-says-anadolu>>.

BLOCK Chains aren't anonymous: but they can be. In: LedgerOps. Available at: <<https://ledgerops.com/blog/blockchains-arent-anonymous-but-they-can-be-05-01-2019>>.

BORT, Julie. The internet is actually controlled by 14 people who hold 7 secret keys. In: Business Insider (Mar. 1, 2014). Available at: <<https://www.businessinsider.com/the-internet-is-controlled-by-14-people-2014-3>>.

BRADFORD, Anu. **The Brussels effect**: how the EU rules the world. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BRODKIN, Jon. Apple cut backup end-to-end encryption plans after FBI complained. In: ArsTechnica (Jan. 21, 2020). Available at: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2020/01/apple-reportedly-nixed-plan-for-end-to-end-encryption-in-iphone-backups>>.

BRODY, Ben. Russian apps could be ‘counterintelligence threat,’ FBI says. In: Bloomberg (Dec. 2, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-12-02/russian-apps-could-pose-counterintelligence-threat-fbi-warns>>.

BRYANT, Martin. 20 years ago today, the world wide web opened to the public. In: Next Web (Aug. 6, 2011). Available at: <<https://thenextweb.com/insider/2011/08/06/20-years-ago-today-the-world-wide-web-opened-to-the-public>>.

CAPALA, Matthew. Global search engine market share for 2018 in the top 15 GDP Nations. In: Medium (Aug. 28, 2018). Available at: <<https://medium.com/@SearchDecoder/global-search-engine-market-share-for-2018-in-the-top-15-gdp-nations-2cf65c11e5f5>>.

CHANDER, Anupam. Googling freedom. In: **California Law Review**, v. 99, issue 1, p. 1-46, 2011.

CHANDER, Anupam. How law made silicon valley. In: **Emory Law Journal**, Druid Hills (Georgia), Ed. Emory University School of Law, v. 63, issue 3, 2014.

CHANDER, Anupam. **The electronic silk road**: how the web bind the word in commerce. New Haven: Yale University Press, 2013.

CHANDER, Anupam; LE, Uyen P. Data nationalism. In: **Emory Law Journal**, Druid Hills (Georgia), Ed. Emory University School of Law, v. 64, p. 677-738, 2014.

CHEN, Lulu Yilun; LEE, Yoolim. The U.S. Is losing a major front to China in the new cold war. In: Bloomberg (Apr. 15, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-14/china-wins-allies-for-web-vision-in-ideological-battle-with-u-s>>.

COHEN, Julie E. Networks, standards, and network-and-standard-based governance. In: **After the digital tornado**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 58-80. (WERBACH, Kevin, Ed.).

COHEN, Julie E. Reverse engineering and the rise of electronic vigilantism: intellectual property implications of “lock-out” programs. In: **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 68, p. 1.091-1.202, 1995.

COLLINS, Katie. Pentagon bans sale of Huawei, ZTE Phones on US military bases. In: CNET (May 2, 2018). Available at: <<https://www.cnet.com/news/pentagon-reportedly-bans-sale-of-huawei-and-zte-phones-on-us-military-bases>>.

DAS, Krishna N. Malaysia’s 5G plan a potential boon for China’s Huawei. In: Reuters (Sept. 24, 2019). Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-telecoms-5g-malaysia/malysias-5g-plan-a-potential-boon-for-chinas-huawei-idUSKBN1W90RD>>.

DASKAL, Jennifer; OHM, Paul. Debate: we need to protect strong national borders on the internet. In: **Colorado Technology Law Journal**, Ed. University of Colorado Law School, v. 17, issue 1, p. 13-36, 2018.

DIGITAL PLANET. Iran internet shutdown continues. In: BBC (Nov. 24, 2019). Available at: <<https://www.bbc.co.uk/sounds/play/w3csy676>>.

DOCTOROW, Cory. Adversarial interoperability. In: Electronic Frontier Foundation, San Francisco, CA (Oct. 2, 2019). Available at: <<https://www.eff.org/deeplinks/2019/10/adversarial-interoperability>>.

DOFFMAN, Zak. U.S. may outlaw messaging encryption used by WhatsApp, iMessage and others. In: Report, Forbes (June 29, 2019). Available at: <<https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2019/06/29/u-s-may-outlaw-uncrackable-end-to-end-encrypted-messaging-report-claims>>.

DONAHUE, Patrick. German spy chief says Huawei can’t be ‘fully trusted’ in 5G. In: BNA Technology & Telecommunications Law News (Oct. 29, 2019). Available at: <<https://www.bloomberglaw.com/document/X5JTSQOK000000>>.

DONALDSON, Kitty; SEAL, Thomas. UK says only matter of time before Huawei exits 5G network. In: Bloomberg (June 30, 2020). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-30/u-k-s-dowden-says-matter-of-time-before-huawei-exits-5g-network>>.

ECONOMY, Elizabeth C. The great firewall of China: Xi Jinping’s internet shutdown. In: The Guardian (June 29, 2018). Available at: <<https://www.theguardian.com/news/2018/jun/29/the-great-firewall-of-china-xi-jinpings-internet-shutdown>>.

ELMER-DEWITT, Philip. First nation in cyberspace. In: Time Int’l (Dec. 6, 1993). Available at: <<http://kirste.userpage.fu-berlin.de/outerspace/internet-article.html>>.

ERLANGER, Steven; SATARIANO, Adam: In U.S. tech battle with China, Europe feels pinch; In: *The New York Times* (Brussels), Sept. 12, 2020, at A10

ETEHAD, Melissa; MOSTAGHIM, Ramin. When Iran blocked the internet, tech experts in the U.S. tried to hack a solution: here's why they couldn't. In: *Los Angeles Times* (Dec. 17, 2019). Available at: <<https://www.latimes.com/world-nation/story/2019-12-17/iran-blocked-internet-tech-experts-hack-solutio>>.

EUROPEAN UNION. European Parliament and of the Council. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC In: **Official Journal on European Union**, L. 130, v. 62, p. 92-125, 2019.

FARRELL, Paul. History of 5-eyes-explainer. In: *The Guardian* (Dec. 3, 2013). Available at: <<https://www.theguardian.com/world/2013/dec/02/history-of-5-eyes-explainer>>.

FENG, Emily. China's tech giant Huawei spans much of the globe despite U.S. efforts to ban it. In: *NPR* (Oct. 24, 2019). Available at: <<https://www.npr.org/2019/10/24/759902041/chinas-tech-giant-huawei-spans-much-of-the-globe-despite-u-s-efforts-to-ban-it>>.

FILDES, Nic. Can the 5G network be secured against spying? In: *Financial Times* (Jan. 18, 2020). Available at: <<https://www.ft.com/content/423e8406-3920-11ea-a6d3-9a26f8c3cba4>>.

FITZPATRICK, Alex. The week that killed SOPA: a timeline. In: *Mashable* (Jan. 20, 2012). Available at: <<https://mashable.com/2012/01/20/sopa-is-dead-timeline-january-blackout>>.

FOLEY, Sean; KARLSEN, Jonathan R.; PUTNIŅŠ, Tālis J. Sex, drugs, and bitcoin: how much illegal activity is financed through cryptocurrencies? In: **The Review of Financial Studies**, Ed. Society for Financial Studies, Volume 32, Issue 5, pages 1.798-1.853, May 2019.

FUNG, Brian; DISIS, Jill. Trump administration appeals court order blocking TikTok restrictions. In: *CNN* (Dec. 28, 2020). Available at: <<https://www.cnn.com/2020/12/28/tech/tiktok-federal-appeal-intl-hnk/index.html>>.

FRIEDEN, Jeffrey A. **Global capitalism**: its fall and rise in the twentieth century. New York: Norton, 2007.

FRIEDMAN, Lisa; McCABE, David. Interior Dept. halts drones over worries about China. In: *The New York Times* (Jan. 30, 2020). Available at: <<https://nyti.ms/38TvKPj>>.

FROOMKIN, A. Michael; LEMLEY, Mark A. ICANN and antitrust. In: **University of Illinois Law Review**, v. 1, 2003.

GALLAGHER, Ryan. Belarusian officials shut down internet with technology made by U.S. firm. In: Bloomberg (Aug. 28, 2020). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-08-28/belarusian-officials-shut-down-internet-with-technology-made-by-u-s-firm>>.

GALLAGHER, Ryan; MOLTKE, Henrik. The wiretap rooms: The NSA's hidden spy hubs in eight U.S. In: Cities, Intercept (June 25, 2018). Available at: <<https://theintercept.com/2018/06/25/att-internet-nsa-spy-hubs>>.

GETTLEMAN, Jeffrey; GOEL, Vindu; ABI-HABIB, Maria. With protests on the rise, India makes a habit of blocking the internet. In: The New York Times (New Delhi), Dec. 18, 2019, at A5.

GOEL, Vindu; MASOOD, Salman. Tech giants rebel against Pakistan's censorship rules. In: **The New York Times** (Mumbai), Feb. 28, 2020, at B1.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet?:** illusions of a borderless world. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GREGORIO, Giovanni de; STREMLAU, Nicola. Internet shutdowns and the limits of law. In: **International Journal of Communication**, v. 14, p. 4.224-4.243, 2020.

GROLL, Elias. How American companies enable NSA surveillance. In: Foreign Policy (Oct. 4, 2016). Available at: <<https://foreignpolicy.com/2016/10/04/how-american-companies-enable-nsa-surveillance>>.

HALE, James. YouTube has paid out more than \$3 billion to copyright holders through content ID. In: Tubefilter (Nov. 7, 2018). Available at: <<https://www.tubefilter.com/2018/11/07/youtube-payouts-content-id>>.

HALL, Gina. How many copyright takedown notices does Google handle each day? about 2 Million. In: Silicon Valley Business Journal (Mar. 7, 2016). Available at: <<https://www.bizjournals.com/sanjose/news/2016/03/07/how-many-copyright-takedown-notices-does-google.html>>.

HARWELL, Drew; ROMM, Tony. Inside TikTok: a culture clash where U.S. views about censorship often were overridden by the Chinese bosses. In: Washington Post (Nov. 5, 2019). Available at: <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/11/05/inside-tiktok-culture-clash-where-us-views-about-censorship-often-were-overridden-by-chinese-bosses>>.

HOOFNAGLE, Chris Jay; KESARI, Aniket; PERZANOWSKI, Aaron K. The tethered economy. In: **The George Washington Law Review**, Washington, v. 87, 2019.

HOSENBALL, Mark; BRUNNSTROM, David. To counter Huawei, U.S. could take 'controlling stake' in Ericsson, Nokia: attorney general. In: Reuters (Feb. 6, 2020). Available at: <<https://www.reuters.com/article/-idUSKBN2001DL>>.



HUSSAIN, Aijaz; SAALIQ, Sheikh. Security lockdown severely curtails internet access in Kashmir. In: **San Francisco Chronicle**, Feb. 15, 2020, at A5.

INTERNET shutdown in Turkey's southeast following mayor's detention. In: Turkey Blocks (Oct. 26, 2016). Available at: <<https://turkeyblocks.org/2016/10/26/internet-shutdown-turkey-diyarbakir>>.

IQBAL, Mansoor. TikTok revenue and usage statistics (2020). In: Business of Apps (Oct. 15, 2020). Available at: <<https://www.businessofapps.com/data/tik-tok-statistics>>.

JINGJING, Ma. Chinese tech companies flock to Indonesia to capitalize on booming internet economy. In: Glob. Times (China) (Dec. 23, 2018). Available at: <<https://www.globaltimes.cn/content/1133239.shtml>>.

JUDGE orders block of Facebook throughout Brazil over parody account. In: Access Now (Oct. 10, 2016). Available at: <<https://www.accessnow.org/judge-orders-block-facebook-throughout-brazil-parody-account>>.

KADRI, Thomas. Digital gatekeepers. In: Texas Law Review, v. 99 (forthcoming 2021). Available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3665040](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3665040)>.

KANTER, James. E.U., accused of bias against U.S. Companies, opens tax inquiry into French utility. In: New York Times (Sept. 19, 2016). Available at: <<https://www.nytimes.com/2016/09/20/business/international/europe-us-tax-luxembourg-engie-vestager.html>>.

KELLER, Daphne. The right tools: Europe's intermediary liability laws and the EU 2016: general data protection regulation. In: **Berkeley Technology Law Journal**, v. 33, p. 287-364, 2018.

KEMENY, Richard. Brazil is sliding into techno-authoritarianism. In: **MIT Technology Review**. (Aug. 19, 2020). Available at: <<https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1007094/brazil-bolsonaro-data-privacy-cadastro-base>>.

KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the internet**. Ithaca (New York): Cornell University Press, 2019.

LEE, Timothy B. ICANN blocks controversial sale of .org domain to private equity firm. In: ArsTechnica (May 1, 2020). Available at: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2020/05/icann-blocks-controversial-sale-of-org-domain-to-a-private-equity-firm>>.

LEITER, Michael; SCHLAGER, Ivan; VIEIRA, Donald. Broadcom's blocked acquisition of Qualcomm. In: The Harvard Law School Forum on Corporate Governance (Apr. 3, 2018). Available at: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/04/03/broadcoms-blocked-acquisition-of-qualcomm>>.

LEINER, Barry M. et al. Brief history of the internet. In: Internet Society, 1997. Available at: <<https://www.internetsociety.org/internet/history-internet/brief-history-internet>>.

LEMLEY, Mark A. Is the sky falling on the content industries? In: **Journal on Telecommunications and High Technology Law**. Ed. University of Colorado at Boulder, v. 9, issue 1, p. 125-135, 2011.

LEMLEY, Mark A.; LEVINE, David S.; POST, David G. Don't break the internet. In: **Stanford Law Review Online**, Stanford, Ed. Stanford University Press, v. 64, p. 34, 2011.

LEMLEY, Mark A.; McCREARY, Andrew. Exit strategy. In: The BU Law Review, Ed. Bournemouth University (forthcoming 2021). Available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506919](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506919)>.

LEMLEY, Mark A.; REESE, R. Anthony. Reducing digital copyright infringement without restricting innovation. In: **Stanford Law Review Online**, Stanford, Ed. Stanford University Press, v. 56, 2004.

LEMLEY, Mark A.; SPRIGMAN, Christopher. Opinion, why notice-and-takedown is a bit of copyright law worth saving. In: Los Angeles Times (June 21, 2016). Available at: <<http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-sprigman-lemley-notice-and-takedown-dmca-20160621-snap-story.html>>.

LERNER, Josh; RAFERT, Greg. Lost in the clouds: the impact of changing property rights on investment in cloud computing ventures. In: **National Bureau of Economic Research**. Working paper n. 21140, 2015.

LESKIN, Paige. Here are all the major US Tech Companies blocked behind China's 'great firewall'. In: Business Insider (Oct. 10, 2019). Available at: <<https://www.businessinsider.com/major-us-tech-companies-blocked-from-operating-in-china-2019-5>>.

LEVY, Steven. Battle of the clipper chip. In: The New York Times (June 12, 1994). Available at: <<https://www.nytimes.com/1994/06/12/magazine/battle-of-the-clipper-chip.html>>.

LIBERTO, Daniel. Why did Trump block Broadcom's Bid for Qualcomm? In: Investopedia (June 25, 2019). Available at: <<https://www.investopedia.com/news/why-did-trump-block-broadcoms-bid-qualcomm>>.

LYNN, Bryan. Did the US just 'give away' control of the internet? In: VOA Learning Eng. (Oct. 03, 2016). Available at: <<https://learningenglish.voanews.com/a/did-the-us-government-just-give-away-control-of-the-internet-to-icann/3535200.html>>.

LYNCH, Marc. How arab authoritarian regimes learned to defeat popular protests. In: The Washington Post (Aug. 25, 2016). Available at: <<https://www.washingtonpost.com/news/technology/wp/2016/08/25/how-arab-authoritarian-regimes-learned-to-defeat-popular-protests/>>.

washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/08/25/how-arab-authoritarian-regimes-learned-to-defeat-popular-protests>.

MALCOLM, Jeremy. Malaysian internet censorship is going from bad to worse. In: Electronic Frontier Foundation, San Francisco, CA (Mar. 7, 2016). Available at: <<https://www.eff.org/deeplinks/2016/03/malaysian-internet-censorship-going-bad-worse>>.

MALCOMSON, Scott. **Splinternet**: how geopolitics and commerce are fragmenting the World Wide Web. New York / London: OR, 2016.

MAYER, Jonathan. Cybercrime litigation. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 164, p. 1.453, 2016.

McLAUGHLIN, David. Trump blocks Chinese deal for U.S. Software firm StayNTouch. In: Bloomberg (Mar. 6, 2020). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-06/trump-blocks-chinese-deal-for-hotel-management-software-company>>.

MERRIAM-WEBSTER. Information Superhighway. Available at: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/information%20superhighway>>. [S. d.].

MIKKELSON, David. Did Al Gore say ‘i invented the internet’? In: SNOPE (May 5, 2005). Available at: <<https://www.snopes.com/fact-check/internet-of-lies>>.

MOSHIN, Saleha; McLAUGHLIN, David; LEONARD, Jenny. Trump advised to halt infineon deal amid China security risk. In: Bloomberg (Mar. 6, 2020). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-05/trump-is-warned-on-security-risk-from-infineon-deal-for-cypress>>.

POSTEL, Jonathan B.; REYNOLDS, Joyce K. Domain requirements [RFC 920], IETF: IETF Documents 2 (Oct. 1984). Available at: <<https://tools.ietf.org/html/rfc920>>.

MATTHEWS, Tim. The clipper chip: how once upon a time the government wanted to put a backdoor in your phone. In: Exabeam InfoSec Blog (Apr. 2, 2019). Available at: <<https://www.exabeam.com/information-security/clipper-chip>>.

MORRISON, Sara. The Trump administration’s flawed plan to destroy the internet as we know it. In: Vox (June 18, 2020). Available at: <<https://www.vox.com/recode/2020/6/18/21294331/section-230-bill-barr-josh-hawley-trump-internet-free-speech>>.

NANTULYA, Paul. Implications for Africa from China’s one belt one road strategy. In: Africa Center for Strategic Studies (Mar. 22, 2019). Available at: <<https://africacenter.org/spotlight/implications-for-africa-china-one-belt-one-road-strategy>>.

NAUGHTON, John. The evolution of the internet: from military experiment to general purpose technology. In: **Journal of Cyber Policy**, v. 1, issue 1, p. 5-28, 2016.

PALMER, Shelly. The death of the internet? stop saying that. In: Ad Age (Dec. 18, 2017). Available at: <<https://adage.com/article/digitalnext/death-internet/311673>>.

PANDAY, Jyoti. The hypocrisy of a U.S. TikTok ban. In: Internet Governance Project (July 28, 2020). Available at: <<https://www.internetgovernance.org/2020/07/28/the-hypocrisy-of-a-u-s-tiktok-ban>>.

PETERS, Jay. Grindr has been sold by its Chinese owners after the US expressed security concerns. In: The Verge (Mar. 6, 2020). Available at: <<https://www.theverge.com/2020/3/6/21168079/grindr-sold-chinese-owner-us-cfius-security-concerns-kunlun-lgbtq>>.

PUTIN Signs law making Russian apps mandatory on smartphones, computers. In: Reuters (Dec. 2, 2019). Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-russia-internet-software/putin-signs-law-making-russian-apps-mandatory-on-smartphones-computers-idUSKBN1Y61Z4>>.

RAINSFORD, Sarah. LinkedIn blocked by Russian authorities. In: BBC News (Nov. 17, 2016). Available at: <<https://www.bbc.com/news/technology-38014501>>.

RASCOUET, Angelina; HENNING, Eyk; AHMED, Nabila; PFEIFFER, Thomas. Phone firms fearing Huawei crackdown say 5G risks are overblown. In: BNA Technology & Telecommunications Law News (Jan. 24, 2020). Available at: <<https://www.bloomberglaw.com/document/X96LP4FC000000>>.

REDA, Julia. Why Americans should worry about the new EU copyright rules. In: Medium: Berkman Klein Ctr. Collection (Dec. 20, 2019). Available at: <<https://link.medium.com/0BDd6WFMBab>>.

ROGERS, Iain. Pompeo tells Germany to tackle China or lose data sharing. In: Bloomberg (May 31, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-31/pompeo-tells-germany-to-tackle-china-or-lose-data-sharing>>.

ROZENSHTAIN, Alan Z. Wicked crypto. In: **University of California Irvine Law Review**, Irvine, Ed. University of California Press, v. 9, issue 5, p. 1.181-1.216, 2019.

SAMUELSON, Pamela. Functionality and expression in computer programs: refining the tests for software copyright infringement. In: **Berkeley Technology Law Journal**, v. 31, issue 3, p. 1.215-1.300, 2017.

GRATZ, Joseph P.; LEMLEY, Mark A. Platforms and interoperability in Oracle v. Google. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 31, p. 603-614, 2018.

SATARIANO, Adam. Britain empowers watchdog to push for policing of internet content. In: *New York Times* (London), Feb. 13, 2020, at B4.

SCHECHNER, Sam. Privacy problems mount for tech giants. In: *The Wall Street Journal* (Jan. 21, 2019). Available at: <<https://www.wsj.com/articles/privacy-problems-mount-for-tech-giants-11548070201>>.

SCHECHNER, Sam; GLAZER, Emily. Ireland to order Facebook to stop sending user data to U.S. In: *The Wall Street Journal* (Sept. 9, 2020). Available at: <<https://www.wsj.com/articles/ireland-to-order-facebook-to-stop-sending-user-data-to-u-s-11599671980>>.

SCHIFFER, Zoe. WeChat keeps banning Chinese Americans for talking about Hong Kong. In: *The Verge* (Nov. 25, 2019). Available at: <<https://www.theverge.com/2019/11/25/20976964/chinese-americans-censorship-wechat-hong-kong-elections-tiktok>>.

SCOLA, Nancy. Brazil begins laying its own internet cables to avoid U.S. surveillance. In: *Washington Post* (Nov. 3, 2014). Available at: <<https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2014/11/03/brazil-begins-laying-its-own-internet-cables-to-avoid-u-s-surveillance/>>.

SEBENIUS, Alyza. TikTok app merits national security investigation, senators say. In: *Bloomberg* (Oct. 24, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-10-24/tiktok-app-merits-national-security-investigation-senators-say>>.

SHARMA, Chinmayi. Concentrated digital markets, restrictive APIs, and the fight for internet interoperability. In: ***The University of Memphis Law Review***, v. 50, p. 441-508, 2019.

SHIELDS, Todd. FCC calls Huawei, ZTE security threats as it bars subsidies. In: *Bloomberg* (July 1, 2020). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-30/fcc-designates-china-s-huawei-zte-as-national-security-threats>>.

SHIELDS, Todd; SEBENIUS, Alyza; MORITZ, Scott. FCC wants to know if Huawei gear is near U.S. military bases. In: *Bloomberg* (Nov. 5, 2019). Available at: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-11-05/fcc-wants-to-know-if-huawei-gear-is-near-u-s-military-bases>>.

SHORT, John Rennie. Column: why there's a backlash against globalization and what needs to change. In: *PBS* (Nov. 30, 2016). Available at: <<https://www.pbs.org/newshour/economy/column-theres-backlash-globalization-needs-change>>.

SOME governments want more control over the internet via ITU. In: *EDRI* (Aug. 29, 2012). Available at: <<https://edri.org/our-work/edriagramnumber10-16itu-debates-internet-regulation>>.

SWANSON, Ana. U.S. Delivers another blow to Huawei. In: The New York Times (Oct. 22, 2020). Available at: <<https://nyti.ms/3cC57QX>>.

SWANSON, Ana; McCABE, David; NICAS, Jack. Trump administration to ban TikTok and WeChat from U.S. App Stores. In: The New York Times (Sept. 18, 2020). Available at: <<https://nyti.ms/3hIAN9l>>.

SWIRE, Peter. The portability and other required transfers impact assessment (PORT-IA): assessing competition, privacy, cybersecurity, and other considerations (May 14, 2020) (unpublished manuscript). Available at: <[https://peterswire.net/wp-content/uploads/PORT-IA.Swire\\_March-27-2020.pdf](https://peterswire.net/wp-content/uploads/PORT-IA.Swire_March-27-2020.pdf)>.

TANGERMANN, Victor. Russia says it will replace Wikipedia with state-run site. In: Futurism (Dec. 3, 2019). Available at: <<https://futurism.com/the-byte/russia-wikipedia-unreliable>>.

THE GLOBAL internet access market had total revenues of \$981.4bn in 2016. In: Cision (Nov. 9, 2017). Available at: <<https://www.prnewswire.com/news-releases/the-global-internet-access-market-had-total-revenues-of-9814bn-in-2016-300553419.html>>.

TRANSCRIPT: Vice President Gore on CNN's 'Late Edition'. In: CNN (Mar. 9, 1999). Available at: <<https://www.cnn.ALLPOLITICS/stories/1999/03/09/president.2000/transcript.gore/index.html>>.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Section 512 of Title 17, p. 1-7 (May 2020). Available at: <<https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>>.

UNITED STATES. United States General Accounting Office. GAO/AIMD-95-23. Information superhighway: an overview of technology challenges 16. Washington, Ed. United States General Accounting Office, 1995. Available at: <<https://www.gao.gov/assets/160/154844.pdf>>.

VIGDOR, Neil. U.S. military branches block access to TikTok app amid pentagon warning. In: The New York Times (Jan. 4, 2020). Available at: <<https://nyti.ms/2Qois6N>>.

WADDELL, Kaveh. Why Google quit China: and why it's heading back. In: Atlantic (Jan. 19, 2016). Available at: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/01/why-google-quit-china-and-why-its-heading-back/424482>>.

WATERS, Richard; FLEMING, Sam. Google's friends and foes draw line over 'anti-american bias'. In: Financial Times (June 26, 2017). Available at: <<https://www.ft.com/content/f16372d2-5aea-11e7-9bc8-8055f264aa8b>>.

WHEELER, Tom. Could Donald Trump claim a national security threat to shut down the internet? In: Brookings (June 25, 2020). Available at: <<https://www.brookings.edu/articles/could-donald-trump-claim-a-national-security-threat-to-shut-down-the-internet/>>.

brookings.edu/blog/techtank/2020/06/25/could-donald-trump-claim-a-national-security-threat-to-shut-down-the-internet>.

WOLF, Martin. The rise of the populist authoritarians. In: Financial Times (Jan. 22, 2019). Available at: <<https://www.ft.com/content/4faf6c4e-1d84-11e9-b2f7-97e4dbd3580d>>.

WORLD Map of Social Networks. In: Vincos Blog (Jan. 2020). Available at: <<https://vincos.it/world-map-of-social-networks>>.

WHY has Malaysia blocked Medium? In: Engadget (Jan. 28, 2016). Available at: <<https://www.engadget.com/2016-01-28-malaysia-medium-block-explainer.html>>.

YANOFSKY, David. See how borders change on Google Maps depending on where you view them. In: Quartz (June 23, 2014). Available at: <<https://qz.com/224821/see-how-borders-change-on-google-maps-depending-on-where-you-view-them>>.

YU, Peter K. A hater's guide to geoblocking. In: **Boston University Journal of Science and Technology Law**, Boston, Ed. Boston University School of Law, v. 25, issue 2, p. 503-529, 2019.

ZETTER, Kim. Apple's FBI battle is complicated. Here's what's really going on. In: Wired (Feb. 18, 2016). Available at: <<https://www.wired.com/2016/02/apples-fbi-battle-is-complicated-heres-whats-really-going-on>>.

ZHANG, Pepe. Belt and road in Latin America: a regional game changer? In: Atlantic Council (Oct. 8, 2019). Available at: <<https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/issue-brief/belt-and-road-in-latin-america-a-regional-game-changer>>.

Submissão em: 8 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 4 de novembro de 2022

### Como citar este artigo científico

LEMLEY, Mark A. The splinternet. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 198-230, set.-dez. 2022.

## COVID-19, QUALITY OF GOVERNANCE AND INSTITUTIONAL CORRUPTION<sup>1</sup>

NIKOS PASSAS<sup>2,3</sup>

### ABSTRACT

Corruption causes some crises, but others are inevitable. However, the effects of all of them are made far worse by corruption. Social problems and inequalities are thus exacerbated, justice and rule of law are undermined, and all of this increases social turmoil and security risks. Systemic corruption, fraud and mismanagement result in a lack of crisis preparedness for the prevention of certain crises or mitigation of unavoidable disasters. When natural disasters inevitably strike or other emergencies arise, inadequate preparedness or responses result in government distrust and legitimacy crises, which aggravate problems and cause further victimization. This paper analyzes the COVID-19 crisis through the analytical lenses of “lawful but awful” practices and of “institutional corruption”. In this way, it emphasizes the need to pay attention to negative consequences some political, economic or other activities have on society, even though they are allowed by the law or promoted by governments. This form of analysis can guide debates on public policy and reform: if something is not right, we need to fix it.

---

<sup>1</sup> A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a Urban Crime: An International Journal (Kallithea, Athens, Greece, Ed. Laboratory of Urban Criminology of Panteion University of Athens, v. 3, n. 2, p. 33-49, 2022) pela publicação simultânea deste estudo. The Ultracontinental Journal of Legal Literature thanks Urban Crime: An International Journal (Kallithea, Athens, Greece, Ed. Laboratory of Urban Criminology, Panteion University of Athens, v. 3, n. 2, p. 33-49, 2022) for simultaneous publication of this study.

<sup>2</sup> Professor of Northeastern University (Boston, Massachusetts, USA). PhD, Law, Sociology of Deviance, The University of Edinburgh. DEA, Criminology, Crime Policy, Panthéon-Assas université Panthéon-Assas Université. LLB, Law. Ethnikon Kai Kaposistriakon Panepistimion. Boston, Massachusetts, USA. *e-mail*: npassas@gmail.com or n.passas@northeastern.edu

<sup>3</sup> O autor se mostra aberto para pessoas (inclusive estudantes) que desejam elaborar e fazer pesquisas adicionais sobre este assunto. The author is open to people (including students) who wish to elaborate and carry out further research on this subject.



## 1 INTRODUCTION

Legal, policy and institutional developments over the last couple of decades gave some reasons to think that global efforts would make a positive difference and to be optimistic about the future of corruption control and quality of life around the world. Firstly, substantial resources were devoted to national, regional and international anti-corruption efforts alone or in combination with the agendas of economic development, democratization, support for civil society, public procurement regulation, judicial independence, governance, human rights and the fight against illicit financial frauds and serious transnational crime. Secondly, we have witnessed the introduction of numerous binding, soft-law and good-practice international standards amounting to an extraordinary body of conventions and other normative texts framing policy and practice in both the public and private sector spheres. Thirdly, many institutional reforms aiming at the creation or strengthening of independent regulatory, supervisory, preventive and law enforcement bodies added to the hope and expectations that we can do a lot better (PASSAS, 2014; PASSAS; VLASSIS, 2007).

However, the results have been underwhelming or downright disappointing, as laws go unenforced or used discriminatorily, institutions get weakened or fail, processes become over-bureaucratized, formality often trumps essential objectives, and serious instances of corruption frequently get neglected or go unpunished (BULLOUGH, 2022; CHAYES, 2020; JOHNSTON; FRITZEN, 2021; MICHEL, 2021; MUNGIU-PIPPIDI, 2015; PASSAS, 2020; PERSSON; ROTHSTEIN; TEORELL. 2012; VOGL, 2021).

Too much law, complexity, vested interests and lack of genuine political will have led to temporary results, reversible successes, lower trust in institutions and governments, waste of resources, demoralization, brain drain and growing inequalities and inequity. Values, overall purposes, and ethics are misaligned with compliance and anticorruption practice. The pandemic illustrated magnified and added new challenges to this context. It became an important test in the quality of governance at the local, national and international level for both public and private entities.

This paper proposes a theoretical framework for the analysis of this and other natural or human-made emergencies by drawing on the concepts of lawful but awful practices, institutional corruption, and criminogenic asymmetries. To illustrate this theoretical approach, it reviews some of COVID-19 challenges in terms of preparedness, response and future potential effects of new measures.

## 2 THEORETICAL FRAMEWORK

The concepts of corruption and governance are the subject of long debates and controversies the review of which is beyond our scope here. In order to address an unproductive overreliance on law and legal definitions, for our purposes, corruption is the abuse of public or private power, office or authority for private benefit. It occurs when people prioritize de facto their own interests at the expense of the organizational or collective goals they are elected or appointed to serve. Such disservice to the common good undermines the quality of governance, gives rise to and exacerbates social problems, and undercuts society's capacity to deal with emergencies of all types, thereby adding to the victimization especially of fragile and vulnerable communities.

Governance can be understood as the set of institutions, norms and processes through which interests emerge, are acted out and conflicts between them are resolved in a given social group. It encompasses laws, principles, rules, processes and programs that frame and promote goals, demands and policies as they shape social actors' expectations, practices, interactions, conflicts resolution in local, national and world affairs. So, the unit of analysis can be an organization, corporation, industry, city, country, region or indeed the global community.

A growing body of literature focuses on corporate and government practices that constitute corruption as defined above, even though they may be legal, encouraged or even subsidized by the state, many times signaling a disparity between legality and legitimacy (PASSAS, 2005; PASSAS; GOODWIN, 2004; THOMPSON, 2018; WEDEL, 2009; WEDEL, 2014). Transcending the intent or even knowledge of social actors, these works point to adverse social, economic, security, health and environmental consequences. This social harm or negative externalities are occasionally far worse than acts that are in fact criminalized. In instances characterized as "institutional corruption", a) organizational or institutional purposes are undermined in practice by certain influences, decisions, actions or activities, or b) the trust and confidence in a given institution is damaged (AMIT et al, 2017; LESSIG, 2013<sup>4</sup>). The governance issues at the heart of this literature are that collective goals are frustrated, the common good is not advanced, and those responsible get away with it.

---

<sup>4</sup> Institutional corruption is manifest when there is a systemic and strategic influence which is legal, or even currently ethical, that undermines the institution's effectiveness by diverting its purpose or weakening its ability achieve its purpose, including, to the extent relevant to its purpose, weakening either the public's trust in that institution or the institution's inherent trustworthiness (LESSING, 2013).

The yardstick is not merely on what an individual or organizational actor did, but also what they could and ought to have done, but they did not do. Positive actions as well as omissions matter, because they have consequences (see for example the debate on Donald Trump's role and duties regarding the January 6, 2021 insurrection). They matter also because they affect collective objectives and purposes, even when actors are not fully aware of the consequences of their actions; that is, regardless of specific individual responsibility or knowledge. The impact on public policy and interest is significant and goes beyond criminal or other liability in courts. The point is that things are not going as desired, planned or anticipated and need to be fixed; policy priorities are wrong and must be rearranged. The collective or organizational goals people have been appointed or elected to promote are undercut in tangible, observable, most often measurable ways. In other words, the quality of governance leaves room for improvement, and it is our duty a) to reveal and documents such adverse consequences; b) to problematize what may be taken for granted or regarded as positive due to some short-term benefits, c) to articulate the ways in which different actors contribute and need to be held accountable (legally or socially) and d) to actively seek a rethinking of priorities and redesign of public policy.

Health-related negative externalities preceding COVID-19 include compromising legislative capacity to protect the public from unsafe drugs (LIGHT; LEXCHIN; DARROW, 2013), the non-publication of adverse effects of drugs on trial (GOLDACRE, 2013) or allowing the manufacture and export of products banned domestically due to their known harm (CASHMAN, 1989).

These challenges can be analyzed through the concept of "criminogenic asymmetries" (PASSAS, 1999; PASSAS, 2000, PASSAS, 2003), which refers to structural discrepancies, mismatches and inequalities in the realms of the economy, law, politics, and culture. Asymmetries are conducive to crime 1) by fueling the demand for illegal goods and services; 2) by generating incentives for people and organizations to engage in illegal practices; and 3) by reducing the ability of authorities to control crime. Processes of globalization bring into contact diverse systems and actors thereby multiplying, activating and intensifying the criminogenic potential of these asymmetries. The criminogenic effect is that new opportunities for crime and corruption are created, motives to avail of such opportunities emerge or proliferate, while social controls are weakened.

This analytical approach has been applied fruitfully to the study of lawful but awful and corrupt practices as well as of illegal markets, transnational crime, cybercrime, and extremism (ARROYO-QUIROZ; WYATT, 2019; BRACCI et al, 2021; DOLLIVER; LOVE, 2015; LOIBL, 2019; PASSAS, 1998; PONS-HERNANDEZ; WYATT; HALL, 2022; TWYMAN-GHOSHAL, 2021; TWYMAN-GHOSHAL; PASSAS, 2015; ZABYELINA, 2014).

### 3 EMERGENCIES, COVID AND CORRUPTION

Crises of all types and their effects are far less random than they may first appear. Decisions, actions or inaction by government agencies and private actors cause or contribute to crises by either worsening or alleviating their effects. How societies fare in the context of emergencies of all types reflects essentially the quality of their governance. Beyond the social construction of crises, some argue that some disasters are welcome and deliberately taken advantage of for political or business agendas (KLEIN, 2007). Others suggest that “crisis” is a label, a claim of urgency employed by leaders, in order to characterize a set of contingencies that pose a serious and immediate threat to the public (SPECTOR, 2019).

Even COVID-19 needs to be examined critically, as it involves assertions of power and the promotion of interests. Some may be widely shared, while others are contradictory or disputed. Tensions and controversies have emerged regarding the origin of the virus, the responsibility of different governments, drastic measures need for no special measures, the need for focus on national priorities or on global coordination and collaboration, concerns about lasting effects – when programs acquire a life of their own and vested interests grow roots. As with past responses to the 9/11 attacks or to the financial crisis of 2008, we can expect that claims of urgency may outlive particular contingencies (SPECTOR, 2020).

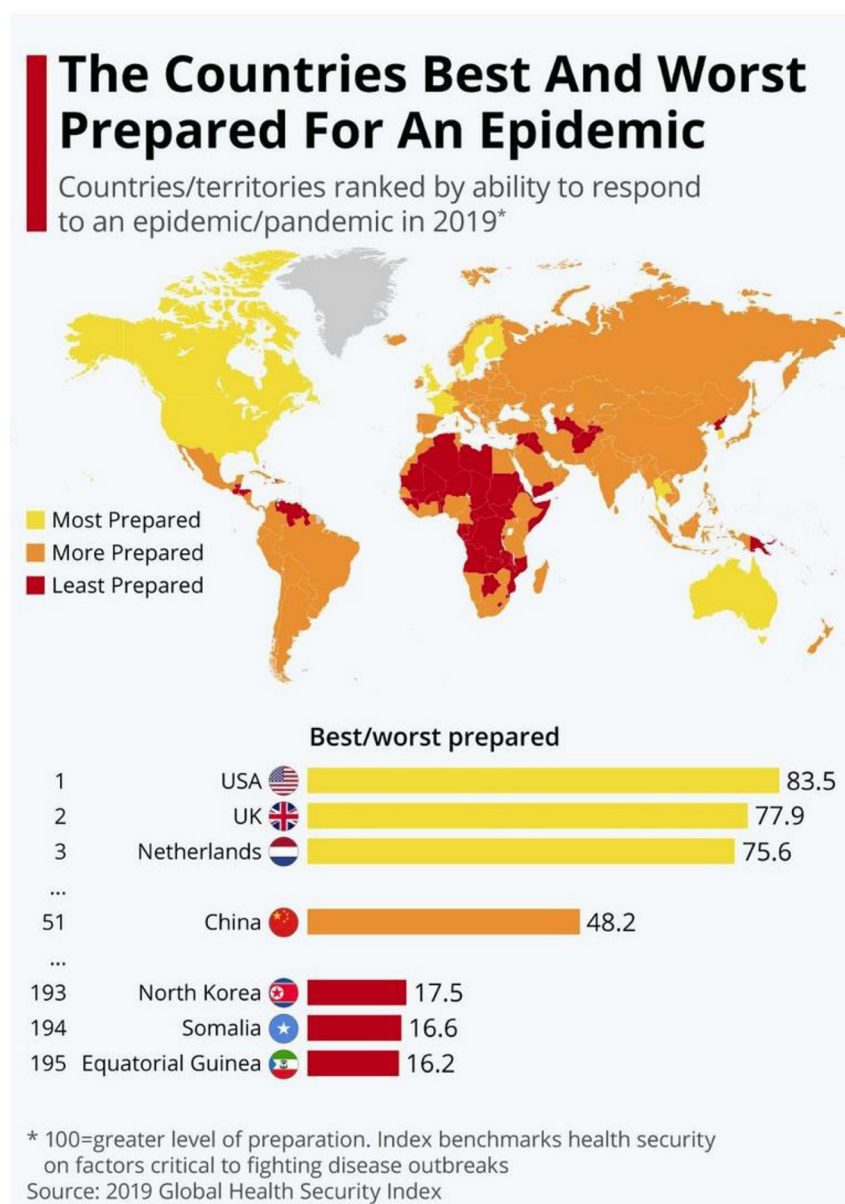
Emergencies reveal and exacerbate some problems, while also furnishing opportunities for fresh starts and reforms. They also test a system’s integrity and accountability; they render clear the foresight or negligence of leaders. COVID-19 did expose discord, fraud and corruption, which may be contrasted by examples of compassionate, empathetic and effective leadership. Nonsensical and self-serving willful blindness exhibited by some is juxtaposed by wisdom, caring and genuine pursuit of the common good and human rights (ALHASHIMI, 2021; BYTTEBIER, 2022; KAHL; WRIGHT, 2021; KJAERUM, 2021; LUPTON, 2022; LUPTON; WILLIS, 2021; PIETERSEE, 2021).

Global emergencies, such as the climate crisis or the COVID-19 pandemic, are thus opportunities to compare the quality of governance and leadership at multiple levels: national and local government, companies, international organizations, or NGOs.

The global spread of COVID-19 brought about a perfect storm of corruption, crime and governance challenges converging at once: the effects of globalization and neoliberalism, the context of emergency, uneven state interventions in markets, some trends of -de-globalization, and anomie. The pandemic has

exposed and exacerbated problems that we knew about and which relate to preparedness, response and attention to future consequences of public or private sector actions. Wanting governance, corruption, fraud and mismanagement result in a lack of preparedness for the prevention of certain crises or mitigation of [un]avoidable disasters. Ill-preparedness or inadequate responses may lead to government distrust and legitimacy crises, which aggravate problems and cause further victimization and harm.

### 3.1 Preparedness



Public health is beyond dispute one of the top aims and duties in all societies. Relevant queries to explore include for example

- how comprehensive, accessible and equitable the overall public health system was;
- did governments allocate adequate resources for health infrastructure and capacity?
- did policies, laws and regulation incentivize innovation in medicine and technology;
- was adequate attention devoted to intrusions in nature and to trade in endangered species to prevent viruses from jumping to humans;
- was research/investment focused on coming coronaviruses and other diseases;
- did governments stock up personal protective equipment and medication.

Societies were quite diversely prepared to protect their citizens against a pandemic in 2019 (see data from the Global Health Security Index 2019 in graphic 1; website: <https://www.ghsindex.org/>). Both in particular countries and on the global level, it appeared that we were more prepared on paper than in reality. There were numerous warning and predictions about this and other pandemics, evidence from previous diseases, as well as scientific reports, but they went largely unheeded (GARRETT, 1994; MacKENZIE, 2021; HENIG, 2020; QUAMMEN, 2012).

In Europe, a proposal to fund research and develop vaccines preventively was defeated by lobbyists (BOFFEY, 2020). Even in the USA, the country at the top of the global health security index, the grades for preparedness and response have been disastrous. For example, a Lancet Commission found that in the years preceding Trump, neoliberal policies led to lower life expectancy, rising mortality and inequality between white and minority populations, substance abuse deaths rose, welfare benefits for millions were removed, health care costs rose, public health workforce was cut down, while tens of millions are uninsured and many more underinsured (WOOLHANDLER et al, 2021). The shortage of masks and ventilators at the start of the pandemic, the demand-supply asymmetry due lack of proper planning, resulted in a market for fakes, price-gouging and fraud (CLARK, 2020; see also on N95s, the SHELLEY et al, paper in this issue<sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> Nota do Editor: o autor se refere à Revista “Urban Crime: An International Journal”.

An area one could explore in depth is the apparent failure of market mechanisms to set priorities for research, development and allocation of human and financial resources on the basis of scientific knowledge, proper risk analysis mindful of the thoughtfully considered public health, political and economic interests.

### **3.2 Response**

When the pandemic exploded, societies responded in different ways, ranging from denial, neglect and anti-scientism to mask mandates, lockdowns, government interventions in markets etc. There are many more research questions to explore here; for instance:

- did we do our best to detect and control of substandard and falsified medical products?
- did we shelter adequately fragile communities and vulnerable groups?
- did we share data fast and openly?
- did we guide the public on proper conduct?
- did we seek to boost confidence in institutions and science?
- did we coordinate treatments/vaccines meaningfully and globally?
- did we consider ratifying the Council of Europe Medicrime convention and the application of UN instruments such as the conventions against transnational organized crime and against corruption?

Government and other actor responses included misinformation, populisms, vaccine and other nationalisms, and controls or interference with domestic and international trade in critical products stemming from and contributing to health asymmetries and inequalities, blocked access to needed materials, demand-supply mismatches, abuse of market power, substandard, illicit and falsified medical products as well as fraudulent documentation on tests and vaccinations, extraordinary enrichment of the top 1% globally, economic dislocation and disruption, and rule of law problems as criminal groups took advantage of new opportunities for illicit gain (DAVIS, 2021; McSWANE, 2022;

OECD & European Union Intellectual Property Office, 2022; OXFAM, 2022). These are some opportunities for research on the adequacy and effectiveness of policies while focusing on consequences and results, rather than just which acts or activities violated the law.

Again, the USA's approach left a great deal to be desired, as millions of people contracted the disease, were hospitalized, suffered long-term consequences and over a million died. A Lancet Commission took a detailed look at the Trump administration response to COVID-19; its critique was straightforward, carefully documented and devastating. It found that it:

- politicised and repudiated science, leaving the USA unprepared and exposed to the COVID-19 pandemic;
- eviscerated environmental regulation, hastening global warming;
- incited racial, nativist, and religious hatred, provoking vigilante and police violence;
- denied refuge to migrants fleeing violence and oppression, and abused immigrant detainees;
- undermined health coverage;
- weakened food assistance programmes;
- curtailed reproductive rights;
- undermined global cooperation for health, and triggered trade wars ;
- Shifted resources from social programmes to military spending and tax windfalls for corporations and the wealthy.
- Subverted democracy both nationally and internationally (WOOLHANDLER et al, 2021).

Another study at Columbia University concluded that the inadequate pandemic response resulted in 130,000-210,000 avoidable deaths only up to the summer of 2020 (NATIONAL, 2020). In short, we faced a predictable, predicted and confirmed emergency with specific information on good practices to prevent and mitigate individual and collective harms. In a country with the



technology, infrastructure, human capital, financial resources and infrastructure of the United States, there is no excuse for the disproportionate death toll, hospitalization and morbidity that was worse than developing countries and regions. An additional research question to be explored is how a society more reliant on prescription and other drugs in general ended up with high rates of vaccine hesitancy and resistance.

A more general field of study is how the combination of unprecedented use of public funds for the support of companies, industries and individuals with the relaxed control typical of emergency situations have given rise to a wide range of crimes, corruption, abuses and malfunctions from unemployment fraud to small-business claims to benefits big and powerful organizations were not qualified to receive.

As almost everyone is under stress, and pressure to take measures, make decisions and do something about a crisis mounts on politicians, the usual anti-corruption controls and procurement procedures are adapted or temporarily bypassed. Yet, it is precisely when crime opportunities, motives and control weaknesses grow that when control, integrity, transparency and accountability mechanisms are most needed. Especially so, when trillions of dollars are spent in short periods of time.

### **3.3 Attention to future effects of emergency responses and measures**

As policy makers push buttons, take actions, apply technologies and introduce law or new institutions, it is vital that we keep an eye on the future, that we do not create precedents and vested interest with a life of their own and lasting consequences affecting future generations. Big questions in this respect include whether we are paving the ground for readiness against the next pandemic. Do we investigate and act on some human-made causes of this and potentially future pandemics. Many viruses exist in nature but do not affect humans until they jump (QUAMMEN, 2012). Jumps are caused by our invasion of the space/territory of different species, which then are forced to shift habitat, come into closer contact with humans and thus enable viruses to jump. In other words, rather than a “foreign” problem or “invasion” from other countries, we have opted or certain lifestyles, crossed lines and produced these effects. Identifying those responsible and holding them accountable is essential, but a key and hopeful consideration is also the following: if we have contributed to the problem, it means it is not out of our control. We have handles to deal with this type of challenge. To a large extent, we are in charge and should act on the basis of information, knowledge and science.

More broadly, questions to be explored revolve around whether we thoughtfully plan for the future and consider the long-term effects of responses to ongoing health and economic crisis. For example, the arguments around new technologies, human rights and surveillance capitalism (JØRGENSEN, 2019; ZUBOFF, 2020) point to privacy and control issues into the foreseeable future. We can also inquire into the tendency of some emergency laws or approaches to grow roots and acquire a long life without appropriate supervision, regulation or transparency. Another issue to examine is the financial impact of our approaches. The world had reached a record high debt level before the pandemic for governments, corporations and households. This debt mountain grew immensely during COVID-19 as trillions of dollars were created out of thin air by central banks or borrowed by public and private entities (CAMPOS, 2020; for updates, see <https://www.iif.com/Products/Global-Debt-Monitor>) . How will this debt be managed and what effects might it have on local and global economies? Another critical matter is the role and responsibility of private sector, government and civil society – markets and neoliberal approaches failed us, should we go back to the drawing board and rethink the division of labor and distribution of powers? As the “disaster capitalism” literature argues, the legacy of wars, natural and human-made disasters, economic crises, COVID-19, etc. is often characterized by calculated, market-based exploitative ‘solutions’ that exacerbate problems and inequalities, which is why markets are not the answer! (FRANCK, 2018; IMPERIALE; VANCLAY, 2020; KLEIN, 2020; LOWENSTEIN, 2017).

There are many parallels and thus lessons to learn from past emergencies, which were also accompanied by rule of law breakdowns, security problems, fraud, corruption and serious crime: tsunamis (Indonesia/Thailand/S. Asia); earthquakes (Pakistan, Haiti, Mexico); floods/hurricanes (Katrina, Sandy); famine/conflict (Somalia and other parts of Africa); wars/reconstructions (Iraq/Afghanistan); embargo and sanctions regimes (S. Africa-Israel-Iraq-Iran-DPRK). The corrupt and the desperate among us always take advantage of emergency situations, where speedy actions and time constraints tend to make us lower our guard. In the COVID-19 context, some controls were further weakened by physical distancing, lockdowns and supply chain disruptions.

As we strive to improve our governance and strategies, several risks have become clear and warrant serious attention.

The role of central banks engaging in the so called “quantitative easing”, low or even negative interest rates and intervention in the financial markets can also be researched for the extent to which it contributed to financial asset bubbles, inflation, misallocation of resources, “neo-socialist” support for big and powerful industries saving them from economic trouble at the time that others

lost income, jobs or capacity to operate, and growing inequalities (EL-ERIAN, 2021; EL-ERIAN, 2022; EL-ERIAN; SPENCE, 2020).

Following the 2008 financial crisis, trillions of dollars of taxpayer-backed funds were deployed to support the banking sector without much accountability for excessive risk taking and even frauds. A disconnect between Wall Street and Main Street has been growing since “emergency measures” have been normalized and routinized: 13 years on from that crisis, a decade marked by austerity and quantitative easing depending on the country we examine, we observe persistent inequality. Central bank interventions with trillions of dollars drove financial markets to record highs while hundreds of millions suffer; some have been speaking of zombie markets and junk economics leading to market dislocation, inefficient capital allocation, pricing corruption, hyper-inflation risks and potential losses for ordinary investors (CNBC, 2020; HUDSON, 2015), when asset bubbles eventually burst (as they always do and as we witness in 2022).

Instead of the proverbial tide that lifts all boats, this has been a tsunami that lifts well placed yachts but overturned small vessels. As COVID-19 spread, the 10 richest persons made enough money to pay for the vaccination of the entire earth population. \$1 trillion was made by the top earners made during the pandemic. At the same time, the World Food Organisation and the International Labour Office warned about massive hunger and job losses, the WHO cautioned against vaccine nationalism (while other observers employed terms like biological warfare, modern piracy or protectionism). This when, as mentioned earlier, public and private debt have reached all-time records, which should serve as alarm warning that we are borrowing too much from the future and our children will have to pay for this eventually. In the end, a marked over-emphasis on short-term objectives produces medium and long-term stability, economic growth and security risks.

And then, we have de-globalization risks: trade may shrink due to the extreme debt, export bans, movement restrictions, nationalisms, and populisms in several countries. We see reactive crisis management rather than strategies guided by principles, values and concern about the common future. Added deglobalization factors include lobbying from inefficient industries conducive to favoritism; higher cost of compliance with new rules and regulations; lower productivity; economic slowdown, an explosion of inflation, smaller profit margins, supply chain and food disruptions, and social unrest. With big firms often becoming more dominant and governments oversized, one can anticipate more corruption and graft in this context.

The above factors create strain on governments reducing capacity and efficiency, they place pressure on companies profit or threatens their survival, and they multiply motives to turn to corrupt criminal practices as a solution. Aid programs become more vulnerable to abuse, fraud and mismanagement. Budget cuts, labor force reduction and austerity measures in attempts to deal with financial troubles and debt, conflict and geopolitical troubles contribute to an environment where the guiding power and effectiveness of international norms and institutions is weakened (i.e. global and national anomie; PASSAS, 2000) leading to further deviance, dysfunctional and problematic governance and serious crime, unless corrective action and controls are put into place to stop this misconduct amplification dynamic. The question then becomes: How effectively will we address such concerns and risks? In some countries, trust in government will be enhanced. In others, we will see turmoil, chaos, protests, and general unrest.

#### **4 CONCLUSION**

Even a cursory review of the mounting evidence shows up how a pandemic renders clear the foresight or negligence of leaders, how it exposes fraud and corruption, as it also produces examples of compassionate, empathetic and effective leadership. It is not hard to find examples of willful blindness juxtaposed by wisdom, caring and a genuine pursuit of the common good.

The theoretical framework recommended here serves to emphasize the significance and importance of corruptive effects of legal practices even when actors do not intend or even aren't aware of adverse consequences. Whether allowed or prohibited, consistent or inconsistent with an entity's own particular formal goals, certain processes and activities affect entire societies or large social groups. We must learn from the lessons of the past and from warnings from specialists and science. The economic, physical, social, cultural and normative cost is staggering and signals the urgent need to reconsider our approaches and to redefine priorities, public policy and the law.

As the focus on outcomes of social actions helps transcend national or international law, we are reminded that our interests, core values and purpose of organizations, communities, societies or the global community are de facto undercut. Criminal, civil and other responsibilities must always be pursued, but this is not enough. This form of analysis removes any defense of lack of awareness or plausible deniability on the part of those who could and should have done something to prevent a disaster or mitigate its effects. It therefore

facilitates efforts toward accountability and justice. Hopefully, this will help guide critical debates and a redesign of public policy, a reordering of priorities and a focus on ways in which the common good is better served.

Like other crises, COVID-19 is an opportunity for grand corruption and abuse as well as for groundbreaking change. Lessons must be learned. Next time we may not be so lucky to have a solid health system as in Italy or lower hospitalizations as in India and Africa. Younger people may be more affected. So, preparedness, response and attention to future effects are vital.

These challenges to governments, businesses, civil society, international organizations, donors, academia and individuals were produced by the old normality. We all have a responsibility to contribute to positive social change. Resilience must mean not mere system capacity to absorb disturbance and maintain integrity; it should not be regarded as preservation of the status quo or return to some old normality, but rather the capacity to create a new and better world for our children.

In many ways, this is a dress rehearsal for the climate crisis that we face in common. The best way forward is by identifying and working on common interests, where everyone has a stake in participation and success. For example, we can point to logical limits and unsustainability of short-term self interest adding to growing inequality: a point will come when people cannot afford goods and services we sell.

We cannot designate a corner of the swimming pool as a toilet and expect that we can swim cleanly in the rest of the pool. Same with the climate crisis: we cannot have pockets of clean environment and regions that are polluted or suffer droughts, fires, sea surge or extreme temperatures. Similarly, pandemics are everyone's concern; we are safe when everyone is safe: else new virus variants, economic disruptions and shrinking markets will victimize ourselves too.

In sum, we must develop consensual knowledge, a collective wisdom and conscience to counter misinformation, disinformation, self-defeating isolationism and populism.

## REFERENCES

AMIT, Elinor et al. Institutional corruption revisited: exploring open questions within the institutional corruption literature. In: **Southern California**

**Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, Ed. Southern California, v. 26, issue 22, 2017.

ARROYO-QUIROZ, Inés; WYATT, Tanya. Le commerce et le trafic d'espèces sauvages entre la France et le Mexique: une étude des "asymétries criminogènes". In: **Déviante et Société**, Cham (Switzerland), Ed. Médecine et Hygiène, v. 43, n. 4, p. 569-592, 2019.

BOFFEY, Daniel. Exclusive: big pharma rejected EU plan to fast-track vaccines in 2017. 2020, May 25. The Guardian. Available at: <<https://www.theguardian.com/world/2020/may/25/exclusive-big-pharma-rejected-eu-plan-to-fast-track-vaccines-in-2017>>.

BULLOUGH, Oliver. **Butler to the world**: how Britain became the servant of tycoons, tax dodgers, kleptocrats and criminals. London: Profile, 2022.

BRACCI, Alberto et al. Dark web marketplaces and COVID-19: before the vaccine. In: **EPJ Data Science**, Ed. Springer Nature, v. 10, issue 1, p. 6, 2021.

CAMPOS, Rodrigo. Global debt to hit record \$277 trillion by year end on pandemic spending splurge: IIF. 2020, November 18. In: Reuters. New York. Available at: <<https://www.reuters.com/article/us-global-debt-idUSKBN27Y239>>.

CNBC. Why "zombie markets" are a concern, according to Mohamed El-Erian. 2020, June 16. In: CNBC. Available at: <<https://www.cnbc.com/video/2020/06/16/why-zombie-markets-are-a-concern-according-to-mohamed-el-erian.html>>.

CASHMAN, Peter. The dalkon shield. In: GRABOSKY, Peter Nils; SUTTON, Adam (Ed.). **Stains on a white collar**. Sydney: The Federation Press, 1989. p. 92-117.

CHAYES, Sarah. **On corruption in America**: and what it is at stake. New York: Alfred A. Knopf, 2020.

CLARK, Doug Bock. Inside the chaotic, cutthroat gray market for N95 masks. 2020, November 17. In: The New York Times. Available at: <<https://www.nytimes.com/2020/11/17/magazine/n95-masks-market-covid.html>>.

DAVIS, Madlen. 'Held to ransom': Pfizer demands governments gamble with state assets to secure vaccine deal. 2021. In: The Bureau of Investigative Journalism. London. Available at: <<https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2021-02-23/held-to-ransom-pfizer-demands-governments-gamble-with-state-assets-to-secure-vaccine-deal>>.

DOLLIVER, Diana S.; LOVE, Katherine L. Criminogenic asymmetries in cyberspace: a comparative analysis of two tor marketplaces. In: **Journal of**

**Globalization Studies**, Volgograd (Russia), Ed. Uchitel, v. 5, n. 2, p. 75-96, November 2015.

EL-ERIAN, Mohamed A. Jay Powell is focusing too much on the present. 2022, August 27. In: Financial Times.

EL-ERIAN, Mohamed A. The return of the finance threat? 2021, June 9. In: Project Syndicate. Available at: <<https://www.project-syndicate.org/commentary/policymakers-must-act-now-to-mitigate-financial-risks-by-mohamed-a-el-erian-2021-06>>.

EL-ERIAN, Mohamed A.; SPENCE, Michael. The great Unequalizer: the pandemic is compounding disparities in income, wealth, and opportunity. 2020, June 2. In: Foreign Affairs. Available at: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-01/great-unequalizer>>.

FRANCK, Anja Karlsson. The lesvos refugee crisis as disaster capitalism. In: **Peace Review**, London, Ed. Taylon & Francis, v. 30, issue 2, p. 199-205, 2018.

GARRETT, Laurie. **The coming plague**: newly emerging diseases in a world out of balance. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1994.

GOLDACRE, Ben. **Bad pharma**: how drug companies mislead doctors and harm patients. New York: Faber and Faber, 2013.

HENIG, Robin Marantz. Experts warned of a pandemic decades ago: why weren't we ready? 2020. In: Science. Available at: <<https://www.nationalgeographic.com/science/2020/04/experts-warned-pandemic-decades-ago-why-not-ready-for-coronavirus/>>.

HUDSON, Michael. **Killing the host**: how financial parasites and debt destroy the global economy. London: Islet, 2015.

IMPERIALE, Angelo Jonas; VANCLAY, Frank. The mechanism of disaster capitalism and the failure to build community resilience in post-disaster situations: Learning from the L'Aquila earthquake. In: **Disasters**, Ed. Wiley, v. 45, issue 3, p. 555-576, 2020.

JOHNSTON, Michael; FRITZEN, Scott. **The conundrum of corruption**: reform for social justice. New York: Routledge, 2021.

JØRGENSEN, Rikke Frank. **Human rights in the age of platforms**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2019.

KAHL, Colin H.; WRIGHT, Thomas J. **Aftershocks**: pandemic politics and the end of the old international order. New York: St. Martin's, 2021.

KJAERUM, Morten (Ed.). **COVID-19 and human rights**. New York: Routledge, 2021.

KLEIN, Naomi. **On fire**: the burning case for a green new deal. London: Penguin, 2020.

KLEIN, Naomi. **The shock doctrine**: the rise of disaster capitalism. New York: Metropolitan, 2007.

LESSIG, Lawrence. "Institutional corruption" defined. In: **Journal of Law, Medicine & Ethics**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 41, issue 3, p. 553-555, 2013.

LIGHT, Donald W.; LEXCHIN, Joel; DARROW, Jonathan J. Institutional corruption of pharmaceuticals and the myth of safe and effective drugs. In: **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, v. 41, issue 3, p. 590-600, 2013.

LOIBL, Elvira C. Child trafficking for adoption purposes: a criminological analysis of the illegal adoption market. In: WINTERDYK, John A.; JONES, Jackie (Ed.) **The Palgrave international handbook of human trafficking**. Cham (Switzerland): Springer, 2019. p. 1-17.

LOEWENSTEIN, Antony. **Disaster capitalism**: making a killing out of catastrophe. New York: Verso, 2017.

LUPTON, Deborah. **COVID societies**: theorising the coronavirus crisis. New York: Routledge, 2022.

LUPTON, Deborah; WILLIS, Karen (Ed.). **The COVID-19 crisis**: social perspectives. London: Routledge, 2021.

MackENZIE, Debora. We were warned: so why couldn't we prevent the coronavirus outbreak? New Scientist, London, 2020. Available at: <<https://www.newscientist.com/article/mg24532724-700-we-were-warned-so-why-couldnt-we-prevent-the-coronavirus-outbreak/>>.

McSWANE, J. David. **Pandemic, Inc**: chasing the capitalists and thieves who got rich while we got sick. New York: One Signal, 2022.

MICHEL, Casey. **American kleptocracy**: how the U.S. created the world's greatest money laundering scheme in history. New York: St. Martin's, 2021.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. **The quest for good governance**: how societies develop control of corruption. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

NATIONAL CENTER FOR DISASTER PREPAREDNESS. Inadequate COVID-19 response likely resulted in 130,000-210,000 avoidable deaths. In: State



of the Planet. 2020, October 22. Available at: <<https://blogs.ei.columbia.edu/2020/10/22/covid-19-response-avoidable-deaths/>>.

OECD & EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. **Dangerous fakes**: trade in counterfeit goods that pose health, safety and environmental risks. Paris: OECD, 2022.

OXFAM. Inequality kills. 2022. Available at: <<https://www.oxfamamerica.org/explore/research-publications/inequality-kills/>>.

PASSAS, Nikos. A structural analysis of corruption: the role of criminogenic asymmetries. In: **Transnational Organized Crime**, New York, Ed. UN. Economic and Social Council, v. 4, issue 1, p. 42-55, 1998.

PASSAS, Nikos. Anti-corruption beyond illusions: the pressing need to make a difference. In: MAKOWICZ, Bartosz (Ed.). **Yearbook of global ethics, compliance and integrity**. Bern: Peter Lang, 2020. p. 329-339.

PASSAS, Nikos. Cross-border crime and the interface between legal and illegal actors. In: **Security Journal**, New York, Ed. Palgrave, v. 16, issue 1, p. 19-37, 2003.

PASSAS, Nikos. Global anomie, dysnomie, and economic crime: hidden consequences of globalization and neo-liberalism in Russia and around the world. In: **Social Justice**: a Journal of Crime, Conflict & World Order, v. 27, issue 2, p. 16-44, 2000.

PASSAS, Nikos. Globalization, criminogenic asymmetries and economic crime. In: **European Journal of Law Reform**, London, Kluwer, v. 1, issue 4, p. 399-423, 1999.

PASSAS, Nikos. Lawful but awful: 'legal corporate crimes'. In: **The Journal of Socio-Economics**, Amsterdam, Ed. Elsevier, v. 34, issue 6, p. 771-786, 2005.

PASSAS, Nikos. The alignment of the anti-corruption and development agendas: the UN Convention against corruption as a catalyst. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano (Ed.). **Direito internacional dos investimentos**: international investments law. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 363-391.

PASSAS, Nikos; GOODWIN, Neva (Ed.). **It's legal, but it ain't right**: harmful social consequences of legal industries. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004.

PASSAS, Nikos; VLASSIS, Dimitri (Ed.). **The United Nations Convention against corruption as a way of life**. Milan: International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme (ISPAC), 2007.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why anticorruption reforms fail—systemic corruption as a collective action problem. In: **Governance**, Ontario, Ed. Blackwell, v. 26, issue 3, p. 449-471, July 2012.

PONS-HERNANDEZ, Monica; WYATT, Tanya; HALL, Alexandra. Investigating the illicit market in veterinary medicines: an exploratory online study with pet owners in the United Kingdom. In: **Trends in Organized Crime**, Cham (Switzerland), Ed. Springer, v. 5, issue 3, September 2022.

QUAMMEN, David. **Spillover**: animal infections and the next human pandemic. London: Norton, 2012.

SPECTOR, Bert. **Constructing crisis**: leaders, crises and claims of urgency. Cambridge: Cambridge University, 2019.

SPECTOR, Bert. Even in a global pandemic, there's no such thing as a crisis. In: **Leadership**, Thousand Oaks (California), Ed. Sage, v. 16, issue 2, p. 303-313, 2020.

THOMPSON, Dennis F. Theories of institutional corruption. In: **Annual Review of Political Science**, v. 21, issue 1, p. 495-513, 2018.

TWYMAN-GHOSHAL, Anamika. Global Anomie Theory. In: TWYMAN-GHOSHAL, Anamika. Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Oxford University Press, 2021. <<https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190264079.013.545>>.

TWYMAN-GHOSHAL, Anamika; PASSAS, Nikos. State and corporate drivers of global dysnomie: horrendous crimes and the law. In: BARAK, Gregg (Ed.). **The Routledge international handbook of the crimes of the powerful**. London: Routledge, 2015. p. 105-120.

UNDP - UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Fighting corruption to improve governance**. New York: United Nations, 1999.

VOGL, Frank. **The enablers**: how the west supports kleptocrats, facilitates money-laundering and corruption, and endangers our democracy. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 2021.

WEDEL, Janine R. **Shadow elite**: how the world's new power brokers undermine democracy, government, and the free market. New York: Basic, 2009.

WEDEL, Janine R. **Unaccountable**: how elite power brokers corrupt our finances, freedom, and security. New York, London: Pegasus, 2014.

WOOLHANDLER, Steffie et al. Public policy and health in the Trump era. In: **The Lancet**, Maryland (MD-USA), Ed. Bethesda, v. 397, n. 10.275, p. 705-753, 2, 1-49, February 20, 2021.

ZABYELINA, Yuliya G. The “fishy” business: a qualitative analysis of the illicit market in black caviar. In: **Trends in Organized Crime**, Cham (Switzerland), Ed. Springer, v. 17, issue 3, p. 181-198, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: Public Affairs, 2020.

Submissão em: 4 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 21 de novembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

PASSAS, Nikos. COVID-19, quality of governance and institutional corruption. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 231-250, set.-dez. 2022.

## O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO OU DOS FUTUROS DO CONSTITUCIONALISMO<sup>1</sup>

PAULO FERREIRA DA CUNHA<sup>2</sup>

“[...] É pra ver o meu futuro  
Em função do meu passado  
É pra ver o caminho  
E é pra ver o que calco  
Que eu não ando nas nuvens  
A pisar pó de talco [...]”

Sérgio Godinho

### RESUMO

**A**qui se procura, muito cautelosa e modestamente e sem intuítos sensacionistas ou esotéricos, indagar, a partir do processo histórico e especificamente da análise da conjuntura atual, jurídico-política, quais os possíveis cenários que poderão vir a emergir no futuro na realidade constitucional. Assim, olhar-se-á muito para o passado para tentar não prever mas sobretudo acautelar possíveis futuros.

<sup>1</sup> Artigo inspirado na nossa conferência magna “O Constitucionalismo do Futuro”, proferida em 30 de agosto de 2022, na Universidade Federal da Bahia (por videoconferência), com os agradecimentos aos respetivos organizadores (desta instituição e da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros) nas pessoas, respetivamente, dos responsáveis Prof. Doutor Daniel Oitaven, Prof. Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares, e Prof. Doutor Waldir de Pinho Veloso, Diretor desta publicação, a quem se agradece o convite para a presente edição. Publicado, com ligeiras variações, também em “Jurismat”, em Portugal.

<sup>2</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Portugal. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para exercício da Magistratura). *e-mail*: lusofilias@gmail.com

**Palavras-chave:** Constituição, Constitucionalismo, Estado Constitucional, Constitucionalismo moderno, futuro, prospectiva

## 1 CONSTITUCIONALISMO & FUTURO

Os títulos devem ser, sobretudo nos tempos que passam (para acordar os adormecidos), impressionantes, apelativos, até em alguns aspectos provocadores. A avalanche de oferta cultural e acadêmica (são coisas diferentes) é tanta que, para um evento ou um produto poder fazer-se notar, tem de se colocar em bicos de pés e afirmar-se, por vezes com humor, trocadilhos, surpresa, etc. Ou atrevimento.

O caso presente é o do atrevimento. Não possuo uma bola de cristal nem consulto as cartas nem os espíritos para poder perscrutar o futuro.

Aliás, a tentação de convidar alguém a falar sobre o futuro (ingenuidade, provocação, sabe-se lá o que mais) não é infrequente, em todas as áreas, e mesmo em geral: como será o futuro? O que nos espera?

Duas obras nos ocorrem (certamente estamos a esquecer muitas... mas o esquecimento é uma forma de seleção: é, como o tempo, *um grande escultor*) de particular interesse, e não adianta dizer que foram proféticas, porque quando se colocam algumas possibilidades, é difícil não se acertar. Mas o importante não é acertar (em geral, prever desgraças é prudente e compensa quanto à fama de se ser vidente), é equacionar bem os problemas e ser capaz de pelo menos ir sugerindo soluções. Duas obras, pois, parecem especialmente importantes: *Der waldgang*, de Ernst Junger (1980; 1995), e *The human situation*, de Aldous Huxley (1977; 1992). Particularmente esta última, no capítulo “o futuro do mundo” (HUXLEY, 1992, p. 98 ss.), acaba por falar com eloquência das possibilidades da nossa encruzilhada diante do futuro. *Brevitatis causa*, para aí remetemos os interessados numa contextualização de “futurologia” conjectural, dentro dos padrões de seriedade admitidos pela academia e a ciência, pois há proliferação (na *Internet*, então... nem se fala) de cenários (normalmente apocalípticos) baseados em puro subjetivismo, sensacionalismo, certamente, até, em gosto sádico de atormentar as almas impressionáveis.

Falaremos, então, apenas, do constitucionalismo que no futuro haverá, partindo do princípio de que sempre haverá algum constitucionalismo, conquanto exista, ou subsista, a Humanidade – aplicação, assim, do conceito histórico-universal de Constituição.

O *Constitucionalismo do futuro* é um título pretensioso, em teoria. Só não o é na prática, na medida em que no pacto autoral com o público, que se pressupõe inteligente, culto, com sensibilidade e *finesse*, se pressupõe que ele comporta ironia. O mais que se pode fazer é supor, e, de algum modo, exercer o trabalho das presunções (ilidíveis, claro, no caso): de factos conhecidos tentar estabelecer, em conjectura, factos desconhecidos. Tanto mais que factos futuros.

Igualmente arriscado, embora todos compreendamos que um pouco menos que o título anteriormente comentado, seria uma variante, que o é apenas: *O futuro do Constitucionalismo*.

Analisemos por um instante as diferenças.

Enquanto *O Constitucionalismo do Futuro* nos remete para o domínio da utopia (boa ou má, eutópica ou distópica – depende da conjectura do observador), fixando uma “cidade ideal” futura (que, para o bem e para o mal, pode ser muito diversa do que hoje existe – assim implicando um dinamismo e a possibilidade de rutura). Já em *O Futuro do Constitucionalismo*, parte-se de algum modo de uma perspectiva de maior continuidade. Ou seja, enquanto no primeiro título se está no domínio utópico (mito da *cidade ideal* – ou anti-ideal) neste último parece ecoar uma ideia de continuidade, embora em mudança, ou seja, o solo em que se funda a discussão é o do mito *tout court*: como narrativa de origens, ideia-força, e, eventualmente, também, com os seus elementos de mistificação...

*O Futuro do Constitucionalismo* trata de saber a continuidade (na verdade, a continuação) da História que já vivemos. Trata-se de indagar, sondar, conjecturar do futuro do Constitucionalismo moderno. O *Constitucionalismo do Futuro* deixa-nos, em pano de fundo ao menos, a suspeita de que tudo poderá ser bem diferente. E, portanto, a grande questão, neste caso, é a de saber se o Constitucionalismo tem futuro. Naturalmente, o nosso Constitucionalismo moderno atual, mas, mais radicalmente, todo o constitucionalismo. Colocando-se até um pouco em causa a tese de Lassalle, da existência histórico-universal da Constituição...

O que preferimos?

O pensamento não deve temer questões radicais. Se é certo que gostaríamos de uma evolução na continuidade do atual Constitucionalismo moderno, não podemos, não devemos mesmo, furtar-nos ao desafio de indagar, radicalmente, se haverá constitucionalismo no futuro, ou se tal constitucionalismo será ainda do mesmo timbre, tipo ou família do atual.

A uma opção avisada, prudente, com algo de conservador (mas num sentido de razoabilidade, não de reacionarismo) se opõe uma outra mais

ousada, indagadora, não propriamente revolucionária nem progressista, mas aberta a novas soluções... Ainda que essas novas soluções, do nosso ponto de vista, não possam, não devam, dar passos atrás no legado adquirido do Constitucionalismo moderno. Mas terá que admitir-se que, uma vez, adotada essa via, empreendido esse caminho, se terá que admitir que possam ocorrer modificações jurídico-políticas de tomo, as quais, no limite, poderão acabar de vez com o constitucionalismo moderno...

## 2 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

Ainda somos do tempo em que havia uma espécie de esquizofrenia doutrinal. Não era coisa de que o estudante ou sequer o docente comum pudessem aperceber-se. Mas queria e quer parecer que havia dois pesos e duas medidas na análise dos momentos constitucionais, numa perspectiva histórico-teórica.

Assim, por um lado não deixava de se aderir, ao menos implicitamente, à tese histórico-universal de Constituição proclamada na palestra de Ferdinand Lassale sobre o “ser” da Constituição. Considerava-se, pois, sem dificuldade, que sempre, em todos os tempos e lugares, haveria uma trama normativizada de poderes, ou seja, sempre haveria “Constituição”.

Mas, por outro lado, na medida talvez até em que nesses tempos não havia o nefasto peso de teorias antirrevolucionárias, *anti vetero* liberais, etc., e, portanto, vigorava um consenso de base (só imperfeito em margens do sistema, muito laterais e pouco visíveis na comunicação social) no valor da Revolução Francesa e do Constitucionalismo emergente dela e de revoluções afins (o chamado Constitucionalismo moderno). Nessa medida, havia então uma tendência para identificar Constituição *tout court* com a Constituição em sentido moderno. Ou seja, em termos latos, adería-se univocamente ao sentido já determinado pelo artigo 16.º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Por outras palavras, num contexto de constitucionalismo escrito, codificado, e com alguma rigidez (o que permitirá depois o controlo da constitucionalidade, como bem frisaria no Brasil Manoel Gonçalves Ferreira Filho), o referido artigo dessa clássica Declaração fazia sobressair dos elementos que avultam ainda hoje como traços *sine qua non* da existência de uma Constituição em sentido moderno: a separação dos poderes e os direitos fundamentais (evoluindo depois

para a categoria também de Direitos Humanos). Embora o texto do Mestre de São Paulo seja um pouco longo, é importante tê-lo presente, até para o futuro, porque pode haver pessoas esquecidas (“olvidadiças”, dir-se-ia com um neologismo, imitando o castelhano) que podem querer constituições flexíveis doravante, mutáveis ao sabor dos detentores efêmeros do poder, e para mais dizendo (como já se disse – *hélas!*) que a rigidez constitucional seriam “os mortos a mandar nos vivos”, e que as cláusulas pétreas (ou limites materiais de revisão constitucional) seriam antidemocráticas. Recordemos, pois, Ferreira Filho:

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder constituinte originário e o derivado.

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível: por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado nas mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade desta sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo (FERREIRA FILHO, 1989, p. 29-30).

Pois bem. Voltemos ao Constitucionalismo moderno. É evidente que, por muito que se aprecie e louve e adira ao projeto do Constitucionalismo moderno, não se pode olvidar que, pela teoria de Lassalle (e ainda que ela não existisse) houve um outro constitucionalismo antes desse. E a prova disso mais simples e impressiva será a ponte histórica que para tal é lançada pelos próprios preâmbulos de três das mais significativas constituições iniciais do Constitucionalismo moderno: a francesa de 1791, a espanhola de 1812 e a portuguesa de 1822. Em todas elas há uma referência a um tempo mais ou menos idílico que não é uma mera alusão ao mito da Idade do Ouro, mas a reminiscência de que houve alguma liberdade antiga, antes da que agora se recuperava, com Cortes modernas. Houve o interregno do Absolutismo, mas existiram velhas liberdades.

Importa recordar que há sempre narrativas sobre o passado no discurso constitucional. Elas podem fazer parte dos preâmbulos das Constituições, ou andar nos ares dos livros de História e das conversas dos políticos e das peças da comunicação social. Por essas e por outras é que o Preâmbulo da Constituição portuguesa (que explicitamente remete para a queda do regime fascista) foi considerado por Gomes Canotilho como o RG (em Portugal dizia-se bilhete de identidade, hoje cartão do cidadão) da Constituição vigente.



É interessante advertir que enquanto a Constituição portuguesa faz uma ponte entre o passado e o futuro, a Constituição Federal brasileira coloca a tônica toda no futuro, no tipo de sociedade que pretende construir. Digamos que a primeira é mítico-utópica, e a segunda apenas utópica. No sentido nobre e nada crítico da expressão, evidentemente. Com “utópico” não se quer designar o quimérico, o impossível de realizar. Apenas o que remete para o mito da cidade ideal, aliás magnificamente retratado por Roger Mucchielli (1960).

Ora as narrativas sobre o passado constitucional são também instrumentos de intervenção no presente e formas de projetar o futuro.

### **3 ALGUMAS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. PORTUGAL**

Será útil e instrutivo atentar em algumas narrativas, brevemente e apenas a título exemplificativo.

Desde os alvares do Constitucionalismo moderno, foi posta a correr em Portugal – e se procurarmos (e nem precisamos de procurar muito) ainda tem posteridade atualmente no Brasil – uma narrativa diabolizadora do Constitucionalismo moderno.

Segundo ela, o Constitucionalismo moderno era uma importação estrangeira, alheia à alma nacional. Os absolutistas e os seus filhos e netos ideológicos (não já, obviamente, os *vetero* liberais, profundamente identificados com os valores e princípios das Constituições) insistiram sempre que a nova ordem instituída pelas constituintes e depois pela Carta Constitucional (dada pelo rei Dom Pedro IV de Portugal e Imperador D. Pedro I do Brasil) era um corpo estranho na alma nacional, no espírito lusitano, etc... E, como sempre, os poderes chauvinistas e autoritários insistem no dogma de que só o nacional é bom e o estrangeiro e o internacional são maus (durante o Estado Novo português, por exemplo, insistia a propaganda do governo no perigo do “comunismo internacional”, não se sabendo o que seria mais terrível, se o primeiro se o segundo termo da expressão), obviamente a solução seria voltar atrás, a uma mítica idade do ouro, perdida algures. Acresce que esse criticado estrangeiramento da Constituição se associa ao facto de ser alegadamente obra de forças consideradas ocultas, conspirativas e antirreligiosas. Tudo se pode ver neste poemeto de medíocre rima (mas muito certa intenção), que circulava nesses tempos:

Eu, Dona Constituição  
Que fui nascida na França,  
E sendo ainda criança  
Jurei a Revolução [...]  
Viajei terras e mares  
Fui à Itália e à Prúcia  
Porem da Espanha e Rússia  
Me fizeram mal os ares.  
Nunca me dei a vagares,  
Com presteza sem igual,  
Vim á pouco a Portugal  
Pelos Pedreiros chamada [...]"<sup>3</sup>

Foi complicado, por exemplo, encontrar um padre que dissesse a missa de celebração da Constituição portuguesa de 1822. E mesmo a rainha, a tão conhecida no Brasil D. Carlota Joaquina, alegaria (pasmese!) o seu direito natural à preservação da saúde para não se dar ao trabalho (e desonra, crê-se) de sair do palácio com tempo chuvoso e ir jurar a Constituição.

Mesmo um escritor liberal como Alexandre Herculano é citado por outro liberal como Oliveira Martins a propósito do grande peso da influência estrangeira, designadamente francesa ou inglesa, sobre os primeiros políticos do constitucionalismo luso.

E por isso, por vezes, irrompe um grito de autonomia, um desatar de laços, um proclamar da independência de pensamento. Na Assembleia Constituinte, Fernandes Tomás insurge-se: “Eu sou português e estou aqui para fazer uma Constituição portuguesa e não espanhola.” (CARVALHO, 1934, p. 101-102).

O contra-ataque teórico, em toda a sua extensão, demorará. E provavelmente, com a fortuna caprichosa da difusão das ideias, a muitos poderá ter passado ao largo.

O que vai ocorrer é que, primeiro, se vai ter de insistir que o Constitucionalismo é dual: antigo e moderno, e em ambos os casos é constitucionalismo de parte inteira. Não é uma tese fácil de aceitar por tradicionalistas que só pensam nas velhas leis fundamentais do reino, nem por constitucionalistas dos nossos tempos, que pouco delas saibam.

Depois, vai ser necessário explicar que a oposição de um a outro dos constitucionalismos, à luz do estudo concreto e no terreno histórico, é mais de cor local, verbal (e nem sempre), e sobretudo ideológica. No plano da Filosofia e da Metodologia não há uma verdadeira ruptura. E finalmente, se não há

<sup>3</sup> “Testamento da Constituição”, p. 304.

ruptura, pode-se, na Península Ibérica (e naturalmente nas suas extensões que foram um dia coloniais ou afins, pelo mundo – desde logo nas Américas, em África, etc.), muito legitimamente invocar uma prevalência, até cronológica, face aos constitucionalismos modernos classicamente invocados: inglês, americano e francês.

Teixeira de Pascoaes (1991), na sua *Arte de ser português*, reflete essa prevalência histórica até portuguesa:

Temos ainda os forais e os princípios de direito político estabelecidos nas antigas cortes, revelando o espírito de independência e liberdade que animou sempre a alma popular. Intervinha no governo do País, na sucessão do trono, em todos os actos de interesse geral que o Rei praticasse: a guerra e a paz, lançamento de impostos, etc. E exercia ainda uma esperta vigilância sobre o procedimento dos homens de Estado, alguns dos quais foram acusados e condenados! Em plena Idade Média, enquanto outros Povos gemiam sob o peso do poder absoluto, impúnhamos à nossa Monarquia a forma condicional: o Rei governará se for digno de governar, e governará de acordo com a nossa vontade, expressa em cortes gerais reunidas anualmente.

Claro que um tradicionalista *à outrance* poderá sempre dizer que isso é justificativo do seu próprio discurso, porquanto do que o vate do Marão fala é do excelente constitucionalismo antigo, que ele exalta, tanto quanto execraria o moderno. Porém, como vimos, a questão é que eles se não opõem, antes são complementares. O radicalismo do tradicionalista (ou o do modernista, por razões simétricas) é que não o permitem ver.

Seja como for, não é pequena a força propulsiva, de futuro, do discurso legitimador da autonomia do constitucionalismo nacional, em alternativa à muito martelada narrativa de a Constituição e o Constitucionalismo em geral serem corpos estranhos, de origem estrangeira. Note-se que esta acusação começou com a primeira Constituição nos inícios do século XIX e ainda não se cansou. Ainda hoje alguns não mudaram de argumentos críticos.

#### **4 ALGUMAS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. ALEMANHA**

Durante a República de Weimar, que tantas lições nos pode dar para os nossos dias [vejam-se as eloquentes obras de Claude Klein (1968) e de Jacobson

e Schlink (2000)], a narrativa dominante era muito semelhante a esta, nos seus traços mais profundos.

Também as forças antidemocráticas, reacionárias, eram explicitamente anticonstitucionais, invocando alguns argumentos paralelos aos que haviam sido esgrimidos noutros países, como Portugal: e em especial o argumento do estrangeiramento desta fórmula político-jurídica.

Sendo a questão identitária uma das mais mobilizadoras, é natural que as opções políticas extremistas desfraldem bandeiras desse teor, para coesão, arregimentamento e mobilização de sequazes. E um dos identitarismos mais tradicionais e mais perigosos, do mesmo modo que mais confusos, é o nacionalista (por exemplo, os judeus que governavam a clausura dos judeus e organizavam a discriminação, se não mesmo pior; os antigos migrantes que uma vez naturalizados alinham ferozmente com os xenófobos, etc.). Não se confunda, nunca, nacionalismo com patriotismo. Este é legítimo e com janelas e portas abertas; aquele é uma clausura, de fronteiras e de mentes.

Ora, também na Alemanha teve de haver um contra-ataque às ideias retrógradas nascendo à sombra da democracia de Weimar, o qual valerá a pena cotejar com o ocorrido em Portugal. Não poderemos aqui, contudo, senão sumariar um pouco a questão, como incitamento a ulteriores estudos e reflexões.

Weimar não teve só “gigantes” juristas (e um gigante jurista do lado que viria a liquidá-la, como se sabe: Carl Schmitt). Teve também gigantes filósofos (também com um que colaborou com o nazismo, no mínimo: Martin Heidegger). Um dos mais denodados defensores da democracia (e, por sinal, decerto, um daqueles que conseguiu harmonizar a celebridade, o estudo profundo e o equilíbrio pessoal), foi Ernst Cassirer.

Contra a doutrina e a *vox populi* dominantes, ele vai buscar a Leibniz a gênese dos direitos fundamentais. O clássico autor setecentista teria mesmo escrito sobre os direitos dos escravos e dos servos, o que aparentemente ninguém tinha notado, e sobretudo interpretado até ao momento. E mesmo para nós, hoje, é ainda surpreendente. Porquanto, do mesmo modo que os lusófonos não têm sabido enfatizar as liberdades ibéricas (em que são partícipes), que recuam pelo menos a Isidoro e Leandro de Sevilha, e que se limitam a algumas referências, nem sempre diretas, de Pascoaes, Agostinho da Silva, Jaime Cortesão, e, no Brasil, Sérgio Buarque de Holanda, que nos recordemos, também os Alemães não deram aparentemente posteridade em divulgação a estas ideias pioneiras, que resgatavam uma origem, um legado, bem ao arripio dos lugares comuns. Mesmo historiograficamente há uma hipótese muito grande de triunfarem os lugares comuns.

Para Cassirer, as ideias político-jurídicas de Leibniz influenciariam o célebre jusnaturalista Wolff, o qual, havendo sido fonte de Blackstone, é que acabaria por dar origem à Declaração da Independência dos EUA de 1776 e daí viria a ser inspiração do constitucionalismo francês, etc.

Mas decerto que o peso pesado da argumentação acaba por ser outro ainda: Kant. O filósofo de Königsberg, ao ter redigido, antes de mais, cinco anos antes da Revolução Francesa, o seu opúsculo sobre o Cosmopolitismo, não pode deixar de ser um precursor. E obviamente depois o corroborará na sua *Paz Perpétua*.

Em 15 de agosto de 1928, Cassirer proclama estas ideias em que Alemanha e Democracia (ou pensamento *vetero* liberal *tout court*) se fundem. Contudo, a esposa de Cassirer anota nas suas memórias (apesar dos grandes aplausos que recompensaram o orador) que o discurso não comoveu, nem persuadiu. Apenas terá reconfortado quem já esperava sê-lo<sup>4</sup>.

## **5 MAIS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. DE VOLTA À LÍNGUA PORTUGUESA**

Há vários lugares paralelos de influências e origens. Diz-se que na Suíça se foi desencantar um autor alemão para ser apresentado como grande inspirador do seu constitucionalismo, porque seria impopular reconhecer-se a influência do “big brother” francês. Diz-se que em Portugal acabaria por se querer fazer uma Constituição “mais liberal que a espanhola”, para com esta perífrase não dizer que se desejava a influência francesa. Estava ainda muito recente e dolorosa a memória das três invasões francesas.

E assim se vão criando ideias-feitas, que passam até para malhas retóricas do discurso mais *savant*: o reputado historiador Victor de Sá (1964, p. 71), para citar um exemplo apenas que nos veio à mão, não deixa, *en passant*, de referir um “sofisma constitucional”, pelo qual teria sobrevivido o regime monárquico português. Cremos entender onde queria chegar. O constitucionalismo, visto a certa luz (enquanto, por exemplo, simples molde jurídico ou institucional da chamada “democracia burguesa” – mas não garantimos ao certo a opinião do autor), seria um sofisma. Ou então... tratar-se-ia de um simulacro. Tal é o título de uma obra de Luiz Moreira, editada no Rio de Janeiro, *A Constituição como simulacro*, em 2007, colocando sobretudo em causa o entendimento corrente sobre o poder constituinte originário. Mas vale obviamente a pena ler o empenhado e original escrito.

<sup>4</sup> Todo este passo se inspira no interessantíssimo livro de Eilenberger (2022, p. 280 ss.), que convém ler e reler, sobre esta questão.

## 6 A ADVERTÊNCIA DO IMPERADOR

Onde queremos chegar com tanto passado? Poderá ele elucidar o futuro? Sem dúvida, e a muitos títulos.

Insistamos apenas no óbvio: as narrativas sobre a Constituição não são relatos simples, decalcados meramente em pontos do real, como num desenho sem mão livre. As narrativas constitucionais são (tal como as próprias constituições) discursos legitimadores<sup>5</sup>. E mitos! Mitos de narrativa das origens, mitos fundadores, mitos dadores de sentido, mitos de legitimação (insista-se); ideias-força, mitos propulsivos. E por vezes cortinas de fumo, mistificações...

Assim, ao vermos com mais distanciamento o passado, poderemos estar precavidos e cientes de que, muito provavelmente, no futuro haverá a preocupação de que as Constituições assumam essas funções que sempre tiveram, e que, na sua mescla de aspetos excelentes e menos recomendáveis, alcançam padrões de humanidade e eficácia muito razoáveis.

Assim, antes de mais, as Constituições futuras naturalmente terão que fundar, legitimar, dotar as comunidades políticas de sentido, na sua existência, na sua continuidade. Deverão remeter para os grandes mitos do nascimento e da renovação da Cidade.

Em seguida, as Constituições terão que traçar horizontes de esperança, como desenhos, pelo menos utopistas, que atualizem o princípio esperança de que falava Bloch (1959; 1979; 1976; 1991). Terão que gizar um programa dos Estados.

Finalmente, e subsidiariamente, poderão ter que entrar em alguns sofismas, por vezes da maior subtileza, para fazer passar ideias de forma segura. O que pode ser desmascarado; e nem sempre isso será mal, desde que não faça perigar o edifício e o espírito constitucional. Por exemplo, como quando Nietzsche denuncia que o Estado se faz passar por Povo. Não são a mesma coisa, evidentemente. Mas sabê-lo não faz mal ao Estado. E quando o Estado se diz Povo, muitas vezes, ajuda ao princípio institucional de integração, sem o qual tudo pode vir a desmoronar-se. É como as colunas no Pártenon: foram feitas tortas para que não as vejamos assim...

Como serão, pois, as Constituições no futuro?

Em concreto, como é evidente, ninguém o sabe.

---

<sup>5</sup> Cf., entre nós, o clássico Machado (1985).

Mas sabemos que três vias alternativas são possíveis, e entre elas, e na sua mescla, certamente se acertará na previsão.

Numa metáfora tirada da ópera *Otello*, de Verdi, diremos que as possibilidades para a Constituição são duas, como para a nave do “Mouro”: *ou se afunda, ou vai aos céus*.

Analisando um pouco mais de perto, considerariamos três situações-tipo:

- *mar plácido*. Uma possibilidade é a de continuidade cinzenta, pura e simples. Com mais ou menos pequenas crises, as constituições do *mainstream* constitucionalista continuarão o seu caminho, no pressuposto de que não haverá, como profetizava Tocqueville, grandes revoluções que precisem de um discurso legitimador novo. Ou, se dele necessitarem, talvez não passe de uma glosa do texto passado, talvez, necessariamente, polvilhado de algumas modas do momento;
- *oceano revolto*. Outra possibilidade é a de profundas crises em permanência, o que dará uma erosão grave da própria ideia constitucional. O paradigma constitucional deixará de ser predominante. Governantes tirânicos não necessitarão sequer de uma veneração hipócrita dessa “folha de papel”. Seja pelo poder ter caído na rua, seja pela mão dura de ditadores, a Constituição será, então, “sobrevivência” escassa, talvez mais “templo alegórico habitado por sombras”. É o pior cenário, evidentemente;
- *das águas inferiores às superiores*. A possibilidade otimista é que o constitucionalismo moderno não simplesmente continue, mas se aprofunde. Continue a ser o melhor amigo das democracias *vetero* liberais, portanto sem exageros de “marxismo branco”. Assim, que ela seja o manto protetor e o instrumento concretizador do Estado de direito, democrático, social, ecológico, sem preconceitos, etc. E que se revele capaz de descobrir novos bons direitos, verdadeiros, e não simulacros ou fantasmas, que, como a *má moeda expulsa a boa*, farão perigar os reais direitos, liberdades e garantias. Ou seja, o Constitucionalismo do futuro, numa perspectiva progressiva, terá de ser ao mesmo tempo raiz e asa, mito e utopismo (utopia não, porque é excessivamente geométrica e tende para o totalitarismo). Será um Constitucionalismo multinível, em rede, em diálogo, com instituições protetoras internacionais, como as já existentes, funcionalizadas, melhoradas, articuladas, e com um futuro Tribunal Constitucional Internacional<sup>6</sup>, por exemplo. Sobretudo não deverá confundir a nuvem com Juno, e não embandeirar em arco com reformas e revoluções constitucionais que objetivamente viessem a ser ablativas de direitos fundamentais e humanos. Terá que ser um constitucionalismo audacioso, mas, ao mesmo tempo, muito

<sup>6</sup> Cf., por todos, Ben Achour; Cunha (2017).

prudente. Sem ufanismos, triunfalismos e experimentalismos, não correndo atrás de quimeras, mas com os pés bem solidamente assentes na realidade da vida, pela experiência e pela História.

O que nos preocupa, deveras, não são as dificuldades de governos em cumprir constituições mais exigentes ou audaciosas. São os sonhos dos políticos e dos constituintes, talvez ajudados por constitucionalistas (as fronteiras por vezes são ténues), quantas vezes com o inconfessável fito de inscreverem o seu nome nos Anais das glórias e das vaidades. E ao ver certas medidas, com implicações constitucionais evidentes, infelizmente nem sempre apercebidas, fica-se com a impressão de que, algumas vezes, pelo menos, na montra de novidades em que se tornaram as ações dos executivos e das assembleias, agigantadas e muitas vezes deturpadas pelos *media*, parece com frequência compreender-se que algumas são de impacto, mas não afetam o orçamento, e, por isso, se preferirão quiçá às medidas mais discretas, mais necessárias, mas que custam dinheiro. Por vezes muito dinheiro.

Temos para nós que o combate à pobreza, à fome, à escassez de recursos naturais, à crise energética, à implosão ecológica, terão de ser prioridades. E prioridades das prioridades. Mas sem folclorismos e medidas apenas *para inglês ver*. Então, inserir em textos constitucionais minudências folcloristas para agradar a Gregos ou Troianos, isso seria uma demagogia que equivaleria também a um verdadeiro sucateamento das Constituições. Seja como for, elas devem manter a sua dignidade.

Evidentemente, para conseguir atingir objetivos como os enunciados, é necessário enorme investimento (e também, e desde logo, vontade política) na Educação e na Cultura, na Saúde, na Justiça, nos Equipamentos sociais ambientais... Dir-se-á que, tudo somado, é quase tudo. Na verdade, é quase tudo o que mais interessa. Mas é lógico que não se pode descurar, por exemplo, e antes de mais, a proteção no seu mais cortante e elementar aspeto: da guerra e da paz. E por isso as relações exteriores, a cooperação internacional e a diplomacia, assim como a defesa, não podem esquecer-se.

Mas Constituição não é política pura. É apenas *estatuto jurídico do político*. Há que não misturar as coisas, e tendo conhecimento do político, não derivar ou derrapar para ele. A ausência de cortes epistémicos claros é sempre princípio de muito mal.

Em suma: há três cenários possíveis, e a escolha é do complexíssimo paralelogramo de forças que fará a História.



É interessante regressar a Napoleão, que tinha um sentido jurídico apurado (como decerto todas as pessoas com sentido da medida, ainda que desmedidas, e da prudência, ainda que por vezes audaciosas ao ponto de roçarem a temeridade). Ele sabia, antes de mais (e nunca será demais repeti-lo), que “o andamento de uma constituição está sempre subordinado aos homens e às circunstâncias.” Não pode haver constituição bem-sucedida se ignorar quem serão os seus destinatários e protagonistas, e o tempo em que deverá viver.

Napoleão, homem de Estado, preocupa-se com a efetividade da Constituição. Mas entende que precisa de alguma latitude. É verdade, mas não completa, não tanto que se torne uma constituição hiperflexível. Diz ele (*apud* FERRERO, 2009, p. 25) que a Constituição “tem de ser feita de modo a não estorvar a ação do governo, de modo a não o obrigar a violá-la”. Algo nos faz lembrar a sabedoria do rei do *Príncipezinho* ou *Pequeno Príncipe...* (SAINT-EXUPÉRY, S.d.), hoje sabemos que a violação pode ser por ação ou omissão.

Não diríamos totalmente como o Corso, embora compreendamos as suas razões. O problema não é tanto o valor sacrossanto de uma Constituição tão pouco exigente que não seja difícil a um governo qualquer não a cumprir. O problema é encontrar governos competentes e amigos de uma Constituição tão adaptada às pessoas e às circunstâncias que nem sequer exija ou peça demais. Mas exatamente o necessário e o justo. É, aliás, o que de algum modo parece pensar Saramago (2018, p. 81), que não era jurista: “As constituições estão aí e à luz delas, penso eu, que deveria ser julgada a gestão dos nossos governos.”.

Sempre se alega com a falta de recursos para satisfazer as necessidades e os clamores reivindicativos. Talvez a chave do problema esteja a montante.

Por um lado, há que combater eficazmente a corrupção, em todas as suas modalidades, o que dará ao erário público uma fortuna. Mais nuns países do que noutros, mas sem dúvida muito.

Por outro lado, é necessário (e esta perspectiva é impopular, mas seja-nos permitida, enquanto opinião) uma educação para alguma frugalidade. Os tempos de guerra e de esgotamento dos recursos vão necessariamente impor restrições. E custarão muito menos se não aspirarmos todos a *nadar em mar de contentamentos...* A forma como educamos os nossos filhos e netos para a vida é a de um *luna* parque permanente, afora os excluídos da civilização, que, esses, penam do lado obscuro da vida, sem sequer terem direito à infância. De um lado, a alienação, que começa nas classes médias baixas e sobe por aí acima; e, do outro, a miséria. Não há Constituição moderna (de um Estado Constitucional democrático, de direito e social) que possa ser cumprida com esta dicotomia gritante, em que, para mais, todos perdem.

A justiça social (com esse ou outro nome), com todo o equilíbrio e sem prejudicar as liberdades políticas, como é óbvio e já adquirido histórico civilizacional<sup>7</sup>, tem de ser imperativo constitucional e também político. E nele se inclui (e tal pressupõe) a educação integral não consumista e não infodependente, que são fenómenos de profunda alienação, a que o mundo constitucional não pode ser alheio. Eventualmente sob pretexto de uma ideia anarquista e laxista de falsa “liberdade”. Um *laissez faire* que pode chegar a ser “criminoso”, até. Porquanto, desde logo, o *vidrado* no celular ou no computador, e o comprador compulsivo, como o bulímico, ou o acumulador, não podem ser bons cidadãos. Não têm tempo, nem disponibilidade mental e anímica para a participação na *res publica*. A cidadania implica alguma frugalidade voluntária, inteligente, e, digamos, ecológica *lato sensu*. Implica discernimento, identidade, dignidade não apenas exteriormente reconhecida, mas pessoalmente assumida e protagonizada.

Há assim um vasto trabalho a empreender, porque o projeto constitucional vale a pena. É uma bandeira de que nos devemos orgulhar. E será parte da solução dos problemas no futuro, já próximo.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (2.<sup>a</sup> tiragem).

BEN ACHOUR, Yadh; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pour une cour constitutionnelle internationale**. Oeiras: A Causa das Regras, 2017.

BLOCH, Ernst. **Das prinzip hoffnung**. Frankfurt: Suhrkamp, 1959.

BLOCH, Ernst. **El principio esperanza**. Tradução de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1979. (III vols.).

BLOCH, Ernst. **Le principe esperance**. Tradução de Françoise Wuilmart. Paris: Gallimard, 1976 (reimp. 1991).

---

<sup>7</sup> Já em 1971, entre nós, se sintetizavam alguns novos rumos da Justiça Social, entendida latamente como proteção dos menos favorecidos (sem que, dizemos nós, se deva cair com tal num simples assistencialismo), ultrapassando as bipolaridades iniciais a que o conceito se associava, e alguns ainda associam, de forma exaltante ou crítica: Xavier (1973, máx. p. 435 ss.). Desde então, muitas versões tem havido a favor e contra. Um dos mais encarniçados adversários dela é o neoliberalismo. Cf., *v.g.*, Azevedo (2000). V. ainda Tanon; Moreira (2000, p. 24 ss.). A nossa perspetiva da Justiça social é a plasmada nas constituições, nomeadamente as de Portugal e do Brasil. É o programa socioeconómico, ou constituição socioeconómica dessas Magnas Cartas. E é já plenamente Direito, não é mera aspiração nem ideologia.

- CARVALHO, Joaquim de. A obra legislativa das Côrtes. In: PERES, Daniel (Dir.). **História de Portugal**. v. VII. Barcelos: Portucalense, 1934.
- EILENBERGER, Wolfram. **O tempo dos mágicos**: a grande década da filosofia, 1919-1929. Tradução de Isabel Castro Silva. Lisboa: Edições 70, 2022.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERRERO, Ernesto. **Lições de Napoleão**. Tradução de José Colaço Barreiros. Lisboa: Teorema, 2009. (título original: *Lezioni napoleoniche*).
- HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. Tradução de Lya Luft. 4. ed. São Paulo: Globo, 1992.
- HUXLEY, Aldous. **The human situation**. Londres: Chatto & Windus, 1977.
- JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Tradução de Belinda Cooper et al. Berkeley: University of California Press, 2000.
- JUNGER, Ernst. **Der waldgang**. Estugarda: Klett, 1980.
- JUNGER, Ernst. **O passo da floresta**. Tradução e posfácio de Maria Filomena Molder. Lisboa: Cotovia, 1995.
- KLEIN, Claude. **Weimar**. Paris: Flammarion, 1968.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985. (reimp.).
- MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MUCCHIELLI, Roger. **Le mythe de la cité idéale**. Brionne: Gérard Monfort, 1960. (reimp. Paris: P.U.F., 1980).
- PASCOAES, Teixeira de. **Arte de ser português**. Lisboa: Assírio & Alvim, 1991. (Nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso).
- SÁ, Victor de. **Perspectivas do século XIX**. Lisboa: Portugália, 1964.
- SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O principezinho**. Tradução de Alice Gomes. 4. ed. Lisboa: Aster, [S. d.]. (título original: *Le petit prince*).
- SARAMAGO, José. Constituições e realidades. In: **O caderno**. Porto: Porto Ed., 2018.
- TANON, Arnaud Pelissier; MOREIRA, José Manuel. Será a justiça social possível? Apresentação de 'De la Justice' de Bertrand de Jouvenel. In:

**Humanística e Teologia**, Porto, Ed. Faculdade de Teologia da Universidade do Porto, v. 21, n. 2-3, p. 249-261, 2000. (Separata)

XAVIER, Alberto P. **Economia de mercado e justiça social**. Lisboa: Anuário Comercial de Portugal, 1973.

Submissão em: 5 de dezembro de 2022

Último Parecer favorável em: 17 de dezembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

CUNHA, Paulo Ferreira da. O Constitucionalismo do futuro ou dos futuros do constitucionalismo. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 251-267, set.-dez. 2022.

**I DIRITTI FONDAMENTALI COME LIMITE ALLA POLITICA CRIMINALE:  
CONSIDERAZIONI SULL'INCIDENZA DELL'ORDINAMENTO EUROPEO SUL  
DIRITTO SANZIONATORIO ITALIANO<sup>1</sup>**

**PIETRO SORBELLO<sup>2</sup>**

**ABSTRACT**

**E**uropean Directive 2014/57/EU on criminal sanctions for market abuse and the “Grande Stevens” case of the European Court of Human Rights draws attention to the need to respect the fundamental right of double jeopardy (*ne bis in idem*). The foundation of fundamental rights inevitably affects the choices of criminal policy at all levels with the need, for the domestic law, to eliminate the duplication of sanctions and adapt the guarantees in proceedings for the imposition of sanctions formally administrative but criminal in substance, according to the Engel criteria. The direct applicability of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides advanced protection mechanisms directing the conduct of any legal practitioner.

**1 L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE NAZIONALE**

Prima del Trattato di Lisbona il diritto penale non rientrava nelle competenze della Comunità europea perché era manifestazione irriducibile della sovranità degli Stati membri<sup>3</sup>. L'espressione diritto penale europeo non descriveva ancora l'odierno significato di un sistema di norme a rilevanza penale adottato in sede europea, ma identificava soltanto la letteratura interessata al

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è stato pubblicato sulla Rivista della Guardia di Finanza 6/2014.

<sup>2</sup> PhD *in criminal law*. Dottore di ricerca in Diritto Penale. Docente ai Corsi di Diritto Penale dell'Economia presso l'Accademia della Guardia di Finanza. Colonnello nella Guardia di Finanza. e-mail: pietrosorbello@hotmail.com

<sup>3</sup> Per l'approfondimento si rinvia a Grasso (2007a, p. 1 ss.)

rapporto tra diritto europeo e legge penale nazionale alla luce della riconosciuta supremazia del primo sulla seconda e dell'obbligo d'interpretazione conforme<sup>4</sup>.

Tralasciando gli atti adottati nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea caratterizzato dal tradizionale metodo intergovernativo<sup>5</sup>, tale rapporto è stato spiegato nel senso che il diritto comunitario produce effetti riflessi definibili come

interferenze sui sistemi penali nazionali, non direttamente prese di mira dal legislatore comunitario, ma che si producono in seguito alla normale penetrazione delle disposizioni comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri. Il carattere riflesso di tali effetti è da porre in relazione alla circostanza che essi non costituiscono l'obiettivo dell'intervento delle previsioni o dei principi sovranazionali, ma si realizzano per l'ordinario operare dei meccanismi giuridici che sovrintendono ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri (GRASSO, 2007a, p. 7).

Sul piano del diritto penale tali effetti possono restringere<sup>6</sup> o ampliare

<sup>4</sup> È stato osservato che “la storia del rapporto tra diritto penale ed integrazione europea è segnata dalle contraddizioni. Il diritto penale europeo è caratterizzato, infatti, dall'incontro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale, che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme - quelle comunitarie - prevalenti, ma incompetenti e per altro verso da altre norme - quelle penali nazionali - competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime”. Così Sotis (2013, p. 34). Si veda altresì Grasso (Napoli, 2011, p. 2.326), nonché Manes; Sgubbi (2007).

<sup>5</sup> Il riferimento è alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari di cui all'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, ratificata in Italia con la legge 29 settembre 2000, n. 300. Per l'approfondimento si rinvia a Grasso (2007b, p. 93); nonché a Mariella-Pezzuto (1997, p. 2.381); Nuzzolo-Toschi (2001, p. 1.195); Picotti (2006, p. 615).

<sup>6</sup> Precisando che alla diretta applicabilità dei regolamenti consegue che la loro applicazione nei confronti dei singoli non abbisogna di alcun atto di ricezione nel diritto interno, nella sentenza 02.02.1977, causa 50/76 (Amsterdam Bulb), la Corte di giustizia affermò che “dal punto di vista del diritto comunitario, la sorte della disposizione penale interna dipende da quella delle disposizioni il cui rispetto essa è intesa a garantire. In altre parole, la disposizione penale è compatibile con il diritto comunitario qualora la norma primaria cui è collegata sia essa stessa compatibile con tale diritto”. Ed ancora, quanto alle direttive c.d. *self executing*, nella sentenza 05.04.1979, causa 148/78 (Ratti), la Corte stabilì che “il giudice nazionale, cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente, deve accogliere tale richiesta se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso [...] dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima - neppure se vengano contemplate sanzioni penali - a chi si sia conformato alle disposizioni della direttiva stessa”. In senso conforme operano i diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo, ad esempio le libertà fondamentali in materia di circolazione, che integrano la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Sul tema si segnalano le sentenze 22.11.1983, causa 271/82 (Auer), in cui la Corte di giustizia affermò che “il singolo può far valere di fronte al giudice nazionale le disposizioni di una direttiva comunitaria non attuata o attuata in modo incompleto dallo Stato membro interessato”; 30.11.1995, causa 55/94 (Gebhard), in cui la Corte ribadì che le libertà fondamentali possono essere ostacolate o scoraggiate da provvedimenti nazionali solo se applicati “in modo non discriminatorio, giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento”; 06.03.2007, cause riunite 338/04,

l'area del penalmente rilevante, fermo in quest'ultimo caso il necessario rispetto del principio di legalità che costituisce un limite all'espansione del diritto penale in assenza di un'espressa copertura lega<sup>7</sup>.

Ancor prima dei mutamenti istituzionali apportati dal Trattato di Lisbona, fu la Corte di giustizia a scardinare gradualmente l'idea che per la tutela dei beni giuridici "nati dall'attività normativa in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico e all'affermazione delle libertà fondamentali" (GRASSO, 2007a, p. 55) la Comunità europea non potesse richiedere l'adozione di sanzioni penali per la protezione degli interessi comunitari. La tappa fondamentale di tale processo si ebbe con la sentenza 13.09.2005, causa 176/03 (Commissione c. Consiglio dell'Unione Europea) pronunciata dalla Corte di giustizia investita dalla Commissione per l'annullamento della decisione quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale<sup>8</sup>. Nel decidere la questione, la Corte applicò la teoria dei poteri impliciti: sebbene

in via di principio la legislazione penale non rientra nella competenza della Comunità, quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme in materia di tutela dell'ambiente.

---

359/04 e 360/04 (Placanica) e, da ultimo, 16.02.2012, cause riunite 72/10 e 77/10 (Costa e Cifone) nell'ambito delle quali la Corte di giustizia è più volte ritornata sull'incompatibilità della normativa italiana in materia di scommesse sportive e le libertà fondamentali di stabilimento e prestazione di servizi.

<sup>7</sup> Nell'ambito di un procedimento penale una direttiva invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato non può avere come effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale indipendentemente da una legge interna adottata per la sua attuazione. In particolare, nella sentenza 05.07.2007, causa 321/05 (Kofoed) la Corte di giustizia ribadì che "il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli. Le direttive non possono quindi essere fatte valere in quanto tali dallo Stato membro contro singoli". Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale non può legittimare l'integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione *in malam partem*. Così Cass. pen., Sez. unite, 25.06.2009, n. 394, in *Dir. pen. proc.*, 4/2010, pag. 433, con nota di Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*.

<sup>8</sup> La Commissione contestò qui la base normativa scelta dal Consiglio per imporre agli Stati membri l'adozione di sanzioni penali a carico degli autori di reati contro l'ambiente, ritenendo che anziché al metodo intergovernativo del terzo pilastro il corretto fondamento normativo di tale obbligo dovesse individuarsi, nell'ambito del primo pilastro, all'art. 175, primo comma, del Trattato, sulla base del quale la Commissione aveva già presentato una proposta di direttiva il cui scopo, ai sensi dell'art. 1, era quello di "garantire un'applicazione più efficace della normativa comunitaria in materia di tutela dell'ambiente attraverso la fissazione di una serie minima di fattispecie di reato comuni a tutta la Comunità".

Il quadro giuridico definito dal Trattato di Lisbona offre diverse basi legali per sviluppare una normativa penale europea nei termini di seguito sintetizzati.

Ai sensi dell'art. 4, secondo comma, lett. j) del TFUE, l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la cui disciplina è prevista al successivo Titolo V. Tra le disposizioni generali ivi contenute, secondo l'art. 67 "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". A tal fine essa "si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità [...] attraverso [...] se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali". Conformemente all'art. 69 l'intervento sul diritto penale sostanziale degli Stati membri deve, infatti, essere necessario e le iniziative legislative in materia devono rispettare il principio di sussidiarietà<sup>9</sup>. Altre disposizioni sono poi contenute al successivo Capo IV, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale fondata, ai sensi dell'art. 82, "sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie [nonché sul] ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui [...] all'art. 83".

La *prima ipotesi* di competenza penale dell'Unione europea è disciplinata proprio all'art. 83, primo comma, a norma del quale

il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Si tratta delle forme più gravi di criminalità che non costituiscono un numero chiuso perché il medesimo articolo prevede che "in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente

<sup>9</sup> In maniera opportuna è stato segnalato che l'indispensabilità dell'intervento in materia penale non si riferisce alla tutela di un bene giuridico bensì all'attuazione efficace di una politica dell'Unione in applicazione di un "paradigma del diritto penale normativista". In questi termini Mannozi e Consulich (2006, p. 899).



paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo”.

La *seconda ipotesi* è quella prevista all'art. 83, comma due, in forza del quale

allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione [...].

Proprio perché non elenca reati specifici, ma pone precisi criteri giuridici come prerequisito per l'adozione di misure, il secondo comma dell'art. 83 rappresenta la più significativa previsione di competenza penale dell'Unione europea<sup>10</sup>. Anche in questo caso, analogamente al primo comma, la competenza penale è però esercitata indirettamente, attraverso direttive che vincolano lo Stato membro “per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”<sup>11</sup>. Tale circostanza esclude ancora la configurabilità di un sistema penale europeo nella misura in cui l'assenza della diretta applicabilità connaturata alle direttive richiede l'intermediazione dei sistemi penali nazionali<sup>12</sup>.

La *terza ipotesi* è infine contemplata al successivo art. 86, commi primo e secondo, in base al quale

<sup>10</sup> Sulla base giuridica dell'art. 83, secondo comma, è stata adottata la Direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, efficace a far data dal 3 luglio 2016.

<sup>11</sup> Quanto alle modalità di esercizio di tale competenza si veda Bernardi (2013, p. 69 ss.).

<sup>12</sup> In questi termini Grasso (2011, p. 2348 ss). L'art. 83 attribuisce quindi all'Unione europea una competenza penale autonoma ed indiretta nella misura in cui sono determinati “contenuti e forme delle scelte di penalizzazione concretamente effettuate dal legislatore interno, attraverso la previsione di obblighi di penalizzazione e indicazioni vincolanti circa la tipologia e la misura della pena”. Così Sicurella (2011, p. 2.571). È stato poi evidenziato che tali obblighi di criminalizzazione non soltanto limitano “la discrezionalità del legislatore nella selezione delle condotte punibili e nella determinazione delle relative sanzioni” ma esproprierebbero altresì il legislatore “anche delle sue prerogative di non esercitare il potere punitivo” o di rivedere la scelta della pena. Così Viganò (2011, p. 2.650). In senso contrario, in applicazione della c.d. teoria dei controlimiti, si veda Sotis (2013, p. 51).

per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust<sup>13</sup>. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. [...]. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con EUROPOL, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri.

Per essere “obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri” la scelta del regolamento suggerisce che, limitatamente alla tutela degli interessi finanziari, l'Unione europea disponga di una competenza penale da esercitare direttamente, anche mediante la definizione delle fattispecie penalmente rilevanti<sup>14</sup>.

Nonostante il dato letterale (reati “quali definiti dal regolamento”), la dottrina non è però concorde nel ritenere che l'art. 86 legittimi una competenza penale diretta in materia di tutela degli interessi finanziari. A fronte di un orientamento possibilista (in merito si veda PICOTTI, 2004, p. 80) si registrano, infatti, posizioni diametralmente opposte<sup>15</sup>, intermedie<sup>16</sup> e di chi segnala come “allo stato le fattispecie penali siano oggetto soltanto di progetti di riavvicinamento e non di unificazione”<sup>17</sup>, circostanza confermata dalla diversa base giuridica

<sup>13</sup> Sul punto si segnala la proposta di regolamento del Consiglio n. COM(2013) 534 finale, che istituisce la Procura europea, presentata dalla Commissione europea il 17.07.2013. Per l'approfondimento si rinvia a Kostoris (2013, p. 4.738).

<sup>14</sup> I più importanti sviluppi del diritto penale europeo si ebbero proprio nell'ambito della tutela degli interessi finanziari, a partire dalla sentenza c.d. del “mais greco” del 21.09.1989, causa 68-88 (Commissione c. Repubblica Ellenica) con la quale la Corte di giustizia, stabilì che le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei Paesi membri con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità e comunque effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive. Fu qui applicato il principio di assimilazione attualmente previsto, con specifico riferimento alla frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, all'art. 325, secondo comma, del Trattato. Nel medesimo ambito si segnala inoltre l'adozione del Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità. Significativo è il considerando n. 10 al Regolamento in base al quale “alla luce del principio *ne bis in idem* occorre prevedere, nel rispetto dell'*acquis* comunitario e delle disposizioni previste dalle normative comunitarie specifiche esistenti [...] adeguate disposizioni per evitare il cumulo delle sanzioni pecuniarie comunitarie e delle sanzioni penali nazionali irrogate per gli stessi fatti alla stessa persona”.

<sup>15</sup> Su tutti Grasso (2011, p. 2.344), per il quale “la previsione di un intervento diretto in materia penale risulterebbe eversiva degli attuali rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritti penale e richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua che non può essere certamente costituita dall'art. 86”.

<sup>16</sup> Si riferisce ad una competenza penale “quasi diretta” Sotis (2013, p. 54).

<sup>17</sup> Così Manacorda (2014), il quale rileva che l'art. 2 della citata proposta di Regolamento per l'istituzione della Procura europea COM(2013) 534 final del 17.07.2013 “sembra propendere per tale ultima soluzione”, laddove precisa che per “reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” si intendono “i reati previsti dalla direttiva 2013/xx/UE [in corso di adozione], quale attuata dalla legislazione nazionale”.

dell'art. 325, prescelta nella proposta di Direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale dell'11.07.2012<sup>18</sup>.

A dispetto delle diverse posizioni, è unanimemente condiviso che i mutamenti istituzionali e la giurisprudenza eurounitaria hanno ormai scardinato la concezione di un diritto penale impermeabile al processo d'integrazione europea che condiziona le scelte di politica criminale<sup>19</sup>. L'allocatione della pena, tuttavia, non è condizionata soltanto dagli obblighi europei<sup>20</sup> perché deve altresì rispettare i diritti fondamentali<sup>21</sup>, come ricorda la sentenza "Grande Stevens" della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha recentemente condannato l'Italia perché la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata da una duplice sanzione per il medesimo fatto, viola, tra l'altro, l'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU)<sup>22</sup>.

## **2 I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI BENE DA TUTELARE E LIMITE DA RISPETTARE. I MECCANISMI DI GARANZIA**

Sebbene ragioni di brevità non consentano una riflessione sul fondamento teorico dei diritti fondamentali<sup>23</sup> basti accennare che le sue radici sono collegate

<sup>18</sup> A conferma del ruolo particolare riconosciuto alla tutela degli interessi finanziari, l'art. 325 consente "una armonizzazione delle disposizioni penali in materia di protezione degli interessi finanziari svincolata da quei limiti posti dall'art. 83". In questi termini Grasso (2011, p. 2.347). Si segnala, tuttavia, che nella Risoluzione legislativa del 16 aprile 2014 sulla medesima proposta di direttiva, il Parlamento europeo ha approvato un emendamento che individua invece la base normativa nel citato art. 83, secondo comma.

<sup>19</sup> Intesa quale insieme delle valutazioni e misure aventi lo scopo di abbassare il numero delle offese all'ordinamento giuridico-penale, che si sviluppa verso un piano di razionalità strumentale ed i cui principi attengono alla scelta ed alla strutturazione di mezzi appropriati per fini predeterminati. Così Pulitanò (1985, 1985, p. 3 ss.).

<sup>20</sup> Sul punto si rinvia a S. Manacorda, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, pag. 1364.

<sup>21</sup> Il considerando n. 27 della direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, prevede che "la direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, quali riconosciuti nel TUE. In particolare, dovrebbe essere applicata con il dovuto rispetto del [...] diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato [art. 50]". Adottata in forza del citato art. 83, secondo comma, al considerando n. 5 essa riconosce che "l'adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire e combattere gli abusi di mercato" e, pertanto, si impone agli Stati membri il ricorso alla pena per le forme più gravi di abuso di mercato. Sul punto è stato rilevato che la direttiva "può oggi essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario". (FOFFANI, 2013, p. 305).

<sup>22</sup> Sia qui consentito rinviare a Sorbello (2015), Atti del Convegno "Le sanzioni penali per le persone fisiche e giuridiche nella prospettiva interna, europea ed internazionale".

<sup>23</sup> Sulla questione si rinvia a Bobbio (1965, p. 302), nonché a Ferrajoli (2010, p. 11 ss.).

alla dottrina del giusnaturalismo in base alla quale, a prescindere dall'autorità che emana la singola legge e le conferisce una determinata configurazione storica o positiva, il diritto ha un fondamento naturale e agli individui sono connaturati diritti inalienabili<sup>24</sup>.

Nonostante il diverso approccio giuspositivista individui il “fondamento dei diritti fondamentali” nella loro fonte interna o internazionale, la protezione dei diritti fondamentali rimase per lungo tempo relegata tra le Costituzioni dei singoli ordinamenti statali, rappresentando al tempo stesso vincolo e limite alla legislazione ordinaria<sup>25</sup>. In particolare, i principi fondamentali iscritti agli articoli da 1 a 12 della nostra Costituzione e nella parte prima sui diritti e doveri dei cittadini

caratterizzano l'ordinamento costituzionale [e] i valori elencati assumono in tal modo una valenza giuridica di tale essenzialità, da poter affermare che la stessa organizzazione dei pubblici poteri sia prevalentemente funzionale al loro svolgimento ed alla loro attuazione. La persona, nel suo patrimonio identificativo irretrattabile, costituisce il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Significativo il mito greco della giovane Antigone che sfida il potere fino alla morte pur di assicurare al corpo del fratello Polinice la sepoltura che Creonte, il re di Tebe, non vuole concedere per motivi politici: “i tuoi bandi io non credei che tanta forza avessero da far sì che le leggi dei Celesti, non scritte, ed incrollabili, potesse soverchiare un mortal: ché non adesso furon sancite, o ieri: eterne vivono esse; e niuno conosce il di che nacquero”, richiamato in Fassò (1964, p. 6). Nello stesso solco si collocano la Dichiarazione di indipendenza delle colonie americane del 4 luglio 1776, che chiama il popolo a “prendere, tra le potenze della terra, il posto separato ed eguale al quale le leggi della natura e divine gli danno diritto”, e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, recante l'affermazione dei “diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo”, richiamate in Ardesi (1999, p. 83 ss.). Per esprimere appieno il significato dei diritti fondamentali occorre rinviare a Kant per il quale “in fatto di associazione di popoli della terra si è progressivamente pervenuti a tal segno, che la violazione del diritto avvenuta in un punto della terra è avvertita in tutti i punti, così l'idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma il necessario coronamento del codice non scritto”. Così Kant (1991, p. 53 ss.).

<sup>25</sup> Secondo Ferrajoli (2010, p. 15 ss.), “nelle democrazie dotate di costituzione rigida e del controllo giurisdizionale di costituzionalità, perché le norme siano valide non basta il rispetto delle forme della loro produzione. E' necessaria altresì, per la loro validità sostanziale, la compatibilità dei loro significati con quelli espressi dalle norme costituzionali. Queste norme, con le quali vengono positivizzati diritti fondamentali e principi di giustizia, investendo la sostanza delle norme prodotte, possono ben essere chiamate norme sostanziali sulla produzione. Ed esprimono quella che possiamo chiamare la dimensione sostanziale o costituzionale della democrazia, dato che dettano limiti e vincoli di contenuto ai poteri altrimenti illimitati della maggioranza”.

<sup>26</sup> Dalla relazione *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006, in <www.cortecostituzionale.it>, nella quale si rileva che “nell'uso corrente diritti umani, diritti inviolabili, diritti costituzionali e diritti fondamentali sono termini utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno di indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale”.

Questo, secondo il bilanciamento previsto all'art. 2 della Costituzione<sup>27</sup>. Il rispetto dei diritti fondamentali è assicurato anche da successive disposizioni costituzionali che ne garantiscono la prevalenza rispetto alla legislazione ordinaria quali il meccanismo di adeguamento automatico al diritto internazionale generalmente riconosciuto, previsto dall'art. 10 che attribuisce alla consuetudine internazionale lo stesso rango di una legge costituzionale<sup>28</sup>, nonché l'obbligo di conformità della legislazione ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma<sup>29</sup>.

Soltanto dopo il secondo conflitto mondiale i diritti fondamentali si affermarono anche livello internazionale. In particolare a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, giuridicamente non vincolante, ma dai contenuti<sup>30</sup> (divenuti) vincolanti perché trasformati nel tempo in diritto consuetudinario o richiamati in Trattati a livello universale o regionale. Tra questi si segnalano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950<sup>31</sup>, i due Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966 e, da ultimo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

<sup>27</sup> In forza di tale articolo "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Accanto ad una concezione di tipicità dei diritti inviolabili, tale articolo "implicitamente convalida una concezione di categoria aperta dei diritti inviolabili che, superando gli steccati del diritto positivo, fungerebbe da valvola di costante adeguamento giurisprudenziale dell'ordinamento vigente alle sopravvenute esigenze reali della società ed ai correlati mutamenti della coscienza sociale". Così Risi (2014, p. 387 ss.).

<sup>28</sup> Sull'istituto si rinvia a Conforti (2006, p. 286 ss.).

<sup>29</sup> Come sostituito dall'art. 2 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>30</sup> La Dichiarazione elenca i diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona; la libertà dalla schiavitù e dalla servitù; dalla tortura e da trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti; il diritto ad essere riconosciuto come persona di fronte alla legge; all'eguaglianza di fronte alla legge e all'eguale protezione di ogni individuo da parte della legge; il diritto a una tutela giuridica in caso di violazione dei diritti fondamentali; il diritto a non subire arresto, detenzione ed esilio arbitrari; il diritto ad un processo pubblico ed equo per gli imputati di un reato, il diritto alla difesa, alla presunzione d'innocenza, e a non essere condannati in base a leggi penali retroattive; il diritto alla riservatezza, ossia la libertà da ingerenze arbitrarie nella sfera privata e alla tutela giuridica contro tali ingerenze; la libertà di movimento e di residenza all'interno di un paese e il diritto di poter uscire da qualsiasi nazione e quello di tornare nel proprio paese d'origine; il diritto d'asilo; il diritto ad avere una nazionalità, a non esserne arbitrariamente privati e a cambiarla; il diritto di sposarsi e di formare una famiglia; il diritto all'eguaglianza tra uomo e donna nel matrimonio e nello scioglimento del matrimonio; il diritto alla proprietà e a non esserne arbitrariamente privati; alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; alla libertà di opinione, di espressione, di associazione (e non associazione). Essa comprende anche diritti economici e sociali quali il diritto alla sicurezza sociale, al lavoro, alla libera scelta di un impiego e alla tutela contro la disoccupazione, ad una retribuzione equa e proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, il diritto di associazione sindacale e quello al riposo e al tempo libero, ad un tenore di vita atto a garantire la salute e il benessere dell'individuo e della sua famiglia, il diritto all'istruzione e alla libera partecipazione alla vita culturale. Per questa ricognizione si rinvia a Henkin (1993).

<sup>31</sup> Per l'approfondimento si rinvia a Bartole; Sena; Zagrebelsky (2012); Manes (2011), Viganò (2007a, p. 42); Villani (2012).

del 18 dicembre 2000<sup>32</sup>, ciascuno dei quali prevede meccanismi di garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, ma “quelli esistenti a livello regionale sono talora più avanzati rispetto a quelli tendenzialmente universali<sup>33</sup> [per la] maggiore omogeneità di carattere politico, culturale e sociale degli Stati, che favorisce una loro concezione comune dei diritti umani” (MAZZESCHI, 2013)<sup>34</sup>. Benché i contenuti convergano<sup>35</sup>, le Carte europee promanano da ordinamenti giuridici diversi che prevedono meccanismi differenti per ottenere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati: mentre all’attuazione della CEDU e dei relativi protocolli aggiuntivi<sup>36</sup> è preposta la Corte europea per i diritti umani, l’interpretazione della Carta dei diritti fondamentali è rimessa alla Corte di giustizia.

La prima caratteristica del meccanismo di garanzia previsto dalla CEDU è che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 e 35, la Corte può essere adita oltre che agli Stati contraenti anche “da parte di una persona fisica, un’organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli [previo] esaurimento delle vie di ricorso interne [...]”<sup>37</sup> e quindi dopo che si è formato il giudicato. Una volta pronunciata, la sentenza vincola gli Stati membri perché ai sensi dell’art. 46, primo comma, della CEDU “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi

<sup>32</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea fu proclamata solennemente a Nizza nel 2000. Dopo essere stata modificata, fu nuovamente proclamata nel 2007 senza ancora assumere carattere vincolante. L’adozione del progetto di Costituzione per l’Europa, sottoscritto nel 2004, avrebbe conferito alla Carta un carattere vincolante, ma il fallimento del processo di ratifica ha fatto sì che rimanesse una mera dichiarazione di diritti sino all’entrata in vigore, il primo dicembre 2009, del Trattato di Lisbona a seguito del quale è diventata vincolante. Ancor prima del riconoscimento di tale vincolatività, tuttavia, nella sentenza 06.03.2001, causa C-274/99 (P. Connolly c. Commissione), la Corte di giustizia affermò che “i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi giuridici generali dei quali la Corte garantisce l’osservanza. A tal fine, quest’ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri oltre che alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito” (punto 37).

<sup>33</sup> Ad esempio l’art. 41 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici incentra il meccanismo di controllo sul Comitato dei diritti umani, la cui procedura si conclude con una constatazione che ha una mera efficacia di raccomandazione rivolta allo Stato.

<sup>34</sup> Per l’approfondimento si veda anche Butturini (2009).

<sup>35</sup> Ai sensi dell’art. 53, terzo comma, della Carta dei diritti fondamentali “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione [...]”.

<sup>36</sup> Alla CEDU seguirono 14 Protocolli aggiuntivi che hanno ampliato la gamma dei diritti tutelati. Tra questi si segnala il Protocollo n. 7, adottato il 22.11.1984, il cui art. 4 ha introdotto il diritto di non essere giudicato o punito due volte.

<sup>37</sup> Parte della dottrina ritiene che il ricorso alla Corte rappresenti “un mezzo di impugnazione ordinaria” costituendo così un quarto grado di giudizio. Così Caianello (2011, p. 567). In senso conforme si veda Giunchedi (2013, p. 113); Iacoviello (2011, p. 795). In senso contrario Callari (2012, p. 303), secondo il quale tale giudizio “non viene a rappresentare l’ultimo gradino delle impugnazioni nazionali, né si può in alcun modo configurare come un’ulteriore fase o istanza del precedente processo penale. Esso costituisce, semmai, un ricorso diretto individuale ad una giurisdizione internazionale, volto a far valere un diritto fondamentale, leso da una sentenza”.

alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti” ed il rispetto di tale impegno trova una copertura nel citato art. 117, primo comma, della Costituzione così forte da rimettere in discussione lo stesso giudicato<sup>38</sup>. Le previsioni della CEDU integrano quindi norme interposte nella valutazione della legittimità costituzionale secondo il parametro del citato art. 117, primo comma, ma l’eventuale eccezione è subordinata all’impossibilità di un’interpretazione in senso convenzionalmente conforme<sup>39</sup>.

Originariamente introdotto dalla Corte costituzionale per orientare i giudici comuni nel sollevare l’eccezione di legittimità costituzionale di una legge<sup>40</sup>, il criterio dell’interpretazione conforme fu in seguito applicazione anche alle norme della CEDU<sup>41</sup> ed alle disposizioni dell’Unione europea, potendosi quindi affermare l’esistenza di una pluralità di parametri di verifica della conformità di una legge, quali la Costituzione, il diritto internazionale (nel caso

<sup>38</sup> Quanto alle ipotesi di revisione la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l’art. 630 c.p.p. “per la violazione dell’art. 117, primo comma, e dell’art. 46 della CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46 della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea”. Secondo il Giudice delle leggi, “l’obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della CEDU comporta infatti anche l’impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell’interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell’art. 6 della CEDU, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell’art. 111 della Costituzione”. Così Corte cost., 07.04.2011, n. 113, con nota di Pustorino (2011, p. 2.646).

<sup>39</sup> In caso di dubbi relativi all’interpretazione o all’applicazione dei diritti definiti dalla Cedu o dai suoi Protocolli, analogamente alla disciplina di cui all’art. 267 del TFUE sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con l’entrata in vigore del Protocollo XVI “le più alte giurisdizioni di un’alta Parte [potranno] presentare alla Corte [EDU] delle richieste di pareri consultivi”. Siglato a Strasburgo in data 2 ottobre 2013, con entrata in vigore al deposito del decimo strumento di ratifica, il Protocollo XVI riconosce che “l’effettività dei diritti e delle libertà sanciti dalla Cedu sussiste nella misura in cui vi sia un concreto dialogo fra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali; nella stessa ottica, la più proficua tutela si attua attraverso lo strumento della sussidiarietà, secondo la logica per cui il giudice domestico è il primario garante dei diritti in commento. Al contempo, la deflazione del contenzioso avanti alla Corte europea ha cagionato la necessità ‘pratica’ di affiancare ad una giurisdizione contenziosa *tout court* una di carattere consultivo” (AGOSTINI; CENTAMORE, 2014).

<sup>40</sup> Se la medesima legge è interpretabile in modi diversi, deve scegliere l’interpretazione “conforme a Costituzione”, ossia ricavarne la norma compatibile con la Costituzione medesima. In buona sostanza, come è stato evidenziato, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. Per l’approfondimento si veda Ruotolo (2012, p. 2.469 ss.), nonché Sorrenti (2006).

<sup>41</sup> Recentemente la Corte europea ha ricordato che “grava in prima istanza sulle autorità nazionali, e in particolare, alle Corti e ai Tribunali, l’onere e la responsabilità di interpretare il diritto interno, ed afferma che non è competente a sostituire la propria interpretazione a quella nazionale, salvo che in presenza di decisioni manifestamente arbitrarie”. Così Corte europea, sentenza 04.02.2014, n. 29907/07 (Staibano ed Altri c. Italia).

di specie la CEDU) ed il diritto dell'Unione europea, che rende l'idea dell'avvenuta affermazione di un ordinamento multilivello<sup>42</sup>.

Nell'impossibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme della legge interna, l'eccezione di legittimità costituzionale rappresenta l'unico rimedio per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dai relativi Protocolli aggiuntivi<sup>43</sup> non essendo consentite al giudice comune altre forme di sindacato<sup>44</sup>. Diversa è però la situazione per i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dell'Unione europea per la semplice (e fondamentale) circostanza che essa è direttamente applicabile<sup>45</sup> ai sensi dell'art. 6, primo comma, TUE<sup>46</sup>. In questo caso l'interpretazione conforme non è l'unico rimedio disponibile perché il giudice può altresì rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di giustizia<sup>47</sup> e disapplicare la legge nazionale confliggente con la norma europea direttamente applicabile<sup>48</sup>. Se è evidente la maggiore efficacia della

<sup>42</sup> Sul punto si rinvia a Sorrentino (2005, p. 79); Cartabia (2007), nonché Pirrone (2004). Si veda altresì Manes (2012, p. 80 ss.), il quale rileva che “lo sviluppo dei diritti fondamentali in sede sovranazionale è oggi affidato alla sinergia di diversi strumenti di tutela [...] ed alla contaminazione virtuosa che, nel *network* multilivello, tiene costantemente in contatto i principi enunciati in disposizioni del Trattato UE e della Carta di Nizza, le disposizioni CEDU, le rispettive declinazioni giurisprudenziali di Lussemburgo o di Strasburgo [...]”.

<sup>43</sup> Se l'art. 117, primo comma, da una parte “rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano [...] valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”. Così Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 348, in **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 4, 2008, p. 831.

<sup>44</sup> La Corte costituzionale ha infatti escluso che “dalla qualificazione [...] dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario possa farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti. [...] dal che discende l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come principi generali del diritto dell'Unione”. Così Corte cost., sent. 11.03.2011, n. 80, con nota di Cerruti (2012, p. 777).

<sup>45</sup> La diretta applicabilità fu affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 05.02.1963, causa 26/62 (Van Gend en Loos) che costituì la prima pronuncia in ordine ai rapporti con il diritto degli Stati membri. Nell'occasione la Corte stabilì che il diritto europeo non solo impone obblighi agli Stati membri, ma attribuisce anche diritti che i singoli possono invocare direttamente a prescindere dall'avvenuto recepimento della norma europea nell'ordinamento giuridico interno.

<sup>46</sup> Ai sensi dell'art. 6, primo comma, “l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”.

<sup>47</sup> Secondo l'art. 267 TFUE quando una questione sull'interpretazione dei Trattati “è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione”. Il rinvio pregiudiziale è invece obbligatorio allorché la questione “è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”.

<sup>48</sup> Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, nella sentenza 05.06.1984, n. 170 (Granital) la Corte costituzionale si avvicinò alla Corte di giustizia: con la premessa che l'ordinamento comunitario e quello interno, per quanto coordinati, sono distinti ed autonomi, essa affermò



tutela riconosciuta dalla Carta dell'Unione europea, questa è poi amplificata dal fatto che l'obbligo di disapplicare la norma interna contrastante grava nei confronti di tutti gli organi dello Stato, in particolare quelli amministrativi<sup>49</sup>.

### **3 IL BIS IN IDEM NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA PREVISIONE LEGALE ED APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE**

Nell'ultimo anno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ha mostrato profili di contrasto dell'ordinamento italiano rispetto al diritto fondamentale a non essere puniti o giudicati due volte per lo stesso fatto.

In primo luogo, la vicenda che ha richiamato l'attenzione è quella decisa nella sentenza "Grande Stevens"<sup>50</sup> della Corte europea dei diritti dell'uomo che

che la prevalenza della normativa comunitaria va intesa nel senso che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale normativa. Per tale ragione, nelle materie riservate alla normazione comunitaria il giudice ordinario deve applicare direttamente la norma comunitaria che prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva, senza la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale e fatto comunque salvo il sindacato della Corte a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana. Per una disamina dei contrasti nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale si veda Berri (1984, p. 1.521); Marzanati (1995, p. 158), nonché Tizzano (1984, p. 2.064).

<sup>49</sup> Nella sentenza 22.06.1989, causa C-103/88 (Fratelli Costanzo), la Corte di giustizia rilevò che "sarebbe contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva [...] e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi": [www.curia.eu](http://www.curia.eu). In senso conforme, nella sentenza 22.10.1999, n. 389, in *Giur. costit.*, 1999, pag. 3011, la Corte costituzionale affermò che "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme [...] del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea". In seguito la Corte di giustizia ribadì la propria posizione nelle sentenze 13.01.2004, causa C-453/00 (Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren) sostenendo che "l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 TCE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore [con la conseguenza] che una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione".

<sup>50</sup> In seguito ad una richiesta della Consob ai sensi dell'art. 114, quinto comma, del d.lgs. 58/1998, in data 24 agosto 2005 Ifil Investments S.p.A. e Giovanni Agnelli & C. S.p.A. (azionista di controllo di Fiat S.p.A., in virtù del contemporaneo controllo azionario delle società Exor, Ifil e in particolare Ifil, detentrici di una partecipazione in Fiat S.p.A. pari al 30,6 %) comunicarono falsamente che nessuna iniziativa era stata intrapresa in vista della scadenza, nel prossimo mese di settembre, del prestito di tre miliardi di euro contratto nel 2002 da FIAT S.p.A. con un gruppo di banche, con l'accordo che in caso di mancato rimborso il debito si sarebbe convertito in azioni ed il conseguente rischio che all'aumento del capitale Ifil Investments S.p.A. perdesse la posizione di azionista di riferimento. Accertata la falsità della notizia furono avviati due

ha recentemente condannato l'Italia perché la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato viola il citato art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU<sup>51</sup>.

Perché si percepisca l'incidenza dei diritti fondamentali sulle scelte di politica criminale occorre accennare alcuni passaggi nell'evoluzione della disciplina sugli abusi di mercato che l'ordinamento penale italiano conosceva già a partire dalla legge 17 maggio 1991, n. 1<sup>52</sup>. In attuazione della direttiva 6/2003/CE del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) introdusse "una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi"<sup>53</sup>. A fronte dell'obbligo previsto all'art. 14 della direttiva di introdurre "opportune sanzioni amministrative [...] efficaci, proporzionate e dissuasive", non volendo rinunciare alla pena il legislatore affiancò all'illecito penale un corrispondente (ed in alcune ipotesi coincidente) illecito amministrativo disapplicando il principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689/1981 ed ignorando del tutto quello di sussidiarietà<sup>54</sup>: da qui il doppio binario e l'applicazione della sanzione amministrativa e della pena per il medesimo fatto<sup>55</sup>, in ordine ai quali la Suprema Corte ha recentemente

---

procedimenti per il delitto di manipolazione informativa di cui all'art. 185 e per il corrispondente illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998: mentre le sanzioni amministrative divennero definitive nel 2009, il processo penale si è concluso nel 2013 con l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

<sup>51</sup> Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, la disciplina italiana in materia di abusi di mercato viola anche il diritto ad un equo processo previsto all'art. 6 § 1 della Cedu: in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>52</sup> Per l'evoluzione della disciplina ed il relativo approfondimento si rinvia a Zannotti (2008, p. 400). Sia altresì consentito rinviare a Sorbello (2008, p. 565 ss.).

<sup>53</sup> In questi lungimiranti termini Cass. pen., Sez. V, 03.05.2006, n. 15199, con nota di Magro (2007, p. 61 ss.).

<sup>54</sup> A prescindere dalla meritevolezza del bene giuridico il ricorso alla pena è subordinato all'inadeguatezza delle misure extrapenali, senza il preconcetto che la sanzione amministrativa sia meno deterrente e quindi meno efficiente rispetto all'obiettivo della prevenzione generale. Il rispetto del principio di sussidiarietà, mediante il disimpegno della pena e la presenza della mera sanzione amministrativa avrebbe garantito il rispetto del *ne bis in idem* senza l'indebolimento della prevenzione generale. A titolo esemplificativo basti considerare che "nei sei anni precedenti all'introduzione della direttiva 6/2003 (2000-2005) a fronte di 86 casi individuati dalla Consob, l'autorità giudiziaria aveva condannato complessivamente 7 persone ed emesso sentenze di patteggiamento nei confronti di altre 6 persone. Nei sei anni successivi (2006-2011), a fronte di 55 casi individuati, mentre la Consob ha irrogato sanzioni amministrative nei confronti di 75 soggetti, nello stesso periodo l'autorità giudiziaria ha condannato 9 persone ed ha emesso sentenze di patteggiamento nei confronti di altre 13 persone. L'ammontare complessivo delle sanzioni amministrative pecuniarie applicate e dei provvedimenti di confisca adottati dalla Consob è stato pari, rispettivamente, a € 53 mln e € 69 mln". Così Salini, *La riforma europea della disciplina degli abusi di mercato: la posizione della CONSOB*. Intervento del Segretario Generale della CONSOB presso la VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica, 13 giugno 2012: [www.consob.it](http://www.consob.it)

<sup>55</sup> Risulta pertinente il dubbio se la politica criminale del doppio binario non nascondesse la speranza che almeno una sanzione, amministrativa o penale che sia, andasse a segno sull'idea che punire due volte sia maggiormente dissuasivo. In senso conforme Alessandri (2006, p. 257). Tali riflessioni consentono di ricordare che l'efficacia intimidativa di una norma penale dipende più che dal livello di severità delle sanzioni minacciate, dalla certezza e prontezza della loro effettiva applicazione, trovando così conferma l'adeguatezza della sanzione amministrativa, come dimostrano i dati sugli esiti dei procedimenti, in particolare quelli della stessa vicenda "Grande Stevens".

sollevato un'eccezione di legittimità costituzionale<sup>56</sup>.

In verità, il principio del doppio binario ebbe un primo avallo da parte della stessa Corte di giustizia la quale, nella sentenza “Spector Photo Group Nv” del 2009, stabilì che “la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un'ipotetica sanzione penale ulteriore”<sup>57</sup>: anche in presenza di sanzioni penali, quelle amministrative devono comunque esserci ed essere “efficaci, proporzionate e dissuasive”.

Una seconda conferma si è recentemente avuta con il Regolamento UE n. 596/2014 del 16 aprile 2014<sup>58</sup>, relativo agli abusi di mercato, il quale ammette il doppio binario e la possibilità di mantenere le sanzioni penali in luogo di quelle amministrative<sup>59</sup>. È lecito a questo punto interrogarsi sulla correttezza di una simile previsione tenuto conto, da una parte, che tale Regolamento e la citata Direttiva 2014/57/UE si dichiarano conformi alla Carta dei diritti fondamentali<sup>60</sup> e, dall'altra, che il cumulo di sanzioni sullo stesso fatto lede un diritto fondamentale. L'apparente inconciliabilità è superabile nella misura in cui le sanzioni amministrative, comminate unitamente a quelle penali, siano anche sostanzialmente amministrative ovvero non presentino un tale livello di afflittività da sconfinare nella materia penale, secondo i criteri sostanziali d'interpretazione impiegati dalle Corti europee.

L'eco della sentenza “Grande Stevens” ha poi destato l'attenzione su un secondo profilo di contrasto individuato nella materia tributaria dalla dottrina sensibile alla tutela dei diritti fondamentali<sup>61</sup>. In verità, sul piano del diritto

<sup>56</sup> La Suprema corte ha sollevato la questione, in via principale, se l'art. 187-bis, primo comma, del d.lgs. 58/1998, violi l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, nella parte in cui prevede “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “salvo che il fatto costituisca reato”; in via subordinata, se l'art. 649 c.p.p. violi il medesimo parametro “nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU”. Così Cass. pen., Sez. V, ordinanza 10.11.2014, n. 3333/14, *inedita*.

<sup>57</sup> Dal punto 76 della sentenza della Corte (Terza Sezione) del 23.12.2009 (causa C-45/08), in [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>58</sup> A far data dal 3 luglio 2016 tale Regolamento abrogherà la direttiva 2003/6/CE.

<sup>59</sup> Al considerando n. 72 risulta che “conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente”. Si tratta di una posizione complementare rispetto alla citata direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, il cui art. 7 obbliga gli Stati membri ad adottare sanzioni penali.

<sup>60</sup> Secondo giurisprudenza costante della Corte di giustizia “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza [ed] il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari e che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi”. Così il paragrafo 284 della sentenza 03.09.2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 (P. Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione).

<sup>61</sup> In merito si veda Viganò [s.d.].

positivo l'ordinamento tributario non viola il *ne bis in idem* per due ordini di ragioni: da una parte, per la presenza dell'art. 19 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74<sup>62</sup> che integra un'ipotesi speciale di principio di specialità (tra disposizioni sanzionatorie penali ed amministrative) non soggetta alla limitazione prevista invece negli abusi di mercato; dall'altra, una duplicazione di sanzioni per il medesimo fatto in capo alla stessa persona sarebbe comunque evitata nei limiti dell'art. 7 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 in base al quale "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica"<sup>63</sup>.

A prescindere da quest'ultima norma una violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria sorgerebbe per effetto dell'applicazione giurisprudenziale. Nelle ipotesi di omesso versamento delle ritenute o dell'Iva la duplicazione di sanzioni è stata, infatti, ritenuta legittima per l'esistenza di un rapporto non già di specialità bensì di progressione criminosa<sup>64</sup>. Riproposto anche in seguito alla

<sup>62</sup> Quale corollario del principio di specialità, il successivo art. 21 dispone che "l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato. [Tuttavia] tali sanzioni non sono eseguibili [...], salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto". Da tale disposizione si desume che il procedimento tributario giunge comunque al termine, con l'irrogazione della sanzione, senza essere sospeso per la pendenza di quello penale, come espressamente previsto all'art. 20 del medesimo decreto. Sul rapporto tra i due procedimenti si rinvia a Consiglio (2014, p. 147).

<sup>63</sup> Sul punto si vedano Lanzi; Aldrovandi (2014, p. 100 ss.), per i quali "non è scontato che la riforma del 2003 sia priva d'incidenza sul principio generale di specialità; da un canto, è discutibile che si possa parlare di identità del fatto previsto dalla fattispecie penale e da quella amministrativa, giacché, mentre la prima contempla quali soggetti attivi persone fisiche, cui il fatto deve risultare ascrivibile anche sotto il profilo soggettivo, la seconda vede quali soggetti attivi enti, cui la sanzione è ascritta sulla base di una responsabilità oggettiva di posizione".

<sup>64</sup> In materia di omesso versamento delle ritenute "per stabilire se si è in presenza di un concorso apparente o effettivo di norme, si tratta, dunque, di verificare se le norme sanzionatorie in questione riguardino o meno lo stesso fatto. La risposta a tale quesito è negativa. Entrambi gli illeciti in esame, invero, sono illeciti omissivi propri, integrati dal mero mancato compimento di un'azione dovuta. [...] pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse) e della condotta (omissione di uno o più dei versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della certificazione delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione [...]. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto fra i due illeciti in termini, non di specialità, ma piuttosto di progressione: la fattispecie penale [...] costituisce una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima [...], la arricchisce di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali, che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo. Da quanto sopra discende che la presenza della previsione dell'illecito amministrativo di cui al d.lgs. 471/1997, art. 13, primo comma, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al d.lgs. 74/2000 art. 10-bis. [...]” Così Cass. pen., Sez. unite, 12.09.2013, n. 37425 (Favellato), con nota di Ciraulo (2014, p. 66). Si veda altresì Albano (2014, p. 735 ss.).

sentenza “Grande Stevens”<sup>65</sup>, un simile orientamento conferma l’avversione della giurisprudenza di legittimità per i criteri sostanziali di soluzione del concorso apparente di norme che trovano, al contrario, applicazione nella giurisprudenza delle Corti europee<sup>66</sup>.

Sempre in ambito tributario residua un’ipotesi di *bis in idem* sostanziale paradossalmente subordinata alla volontà del destinatario della sanzione (nello stesso senso FLICK, 2014): ai sensi dell’art. 13 del d.lgs. 74/2000<sup>67</sup>, qualora l’imputato per reati tributari voglia conseguire uno sgravio di pena, la mancata applicazione delle misure accessorie e l’accesso al patteggiamento oltre al debito d’imposta dovrà altresì pagare le sanzioni comminate per l’illecito amministrativo “sebbene non applicabili a norma del successivo art. 19, primo comma”<sup>68</sup>.

#### **4 IL NE BIS IN IDEM NELLA GIURISPRUDENZA: L’APPROCCIO “FORMALE” DELLA CORTE DI CASSAZIONE E QUELLO “SOSTANZIALE” DELLA CORTE EUROPEA E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Sull’applicazione del principio del *ne bis in idem* emerge la profonda diversità dell’approccio della Cassazione rispetto a quello delle Corti europee<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Secondo la Suprema corte “le sanzioni tributarie, nel caso *de quo* – a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo per quelle ben più severe irrogate dalla CONSOB nell’invocato caso Grande Stevens c. Italia – reggono al vaglio” della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. In questi termini con nota di Dova (2014).

<sup>66</sup> In adesione a quest’ultimo orientamento, ai sensi del citato art. 267 del TFUE, con ordinanza del 27 ottobre 2014 il Tribunale di Torino ha rinviato alla Corte di giustizia l’interpretazione dell’art. 10-*bis* del d.lgs. 74/2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto che, per lo stesso fatto, sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all’art. 13 del d.lgs. 471/1997. Si veda Iorio (2014, p. 47).

<sup>67</sup> Nella versione modificata dall’art. 2, comma 36-*vicies semel*, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138. Il medesimo decreto si segnala perché ridusse le soglie di punibilità, eliminò le ipotesi attenuate di utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti, precluse la sospensione condizionale al superamento di una duplice soglia (fissa e percentuale) di imposta evasa, rese ad effetto comune l’attenuante che consentiva la diminuzione della pena fino alla metà, così manifestando la volontà di applicare all’evasore fiscale il diritto penale del nemico. Per l’approfondimento si rinvia a Jakobs (2006, p. 3); Insolera (2006, p. 895 ss.); Viganò (2008, p. 107 ss.).

<sup>68</sup> Il rispetto del *ne bis in idem* dovrebbe qui suggerire al giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia oppure, con maggiore coraggio, disapplicare l’art. 13 nella parte in cui subordina l’accesso al patteggiamento al pagamento della sanzione amministrativa sullo stesso fatto per il quale irrogherà la sanzione penale.

<sup>69</sup> Per una ricognizione delle posizioni salienti si veda Corte di Cassazione, Ufficio del massimario, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e Altri c. Italia*, Relazione n. 35/2014, 8 maggio 2014: [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

Sul piano nazionale, nel rapporto tra illeciti amministrativi e penali il principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689/1981 è declinato nella giurisprudenza di legittimità sulla base del confronto strutturale tra fattispecie considerate in astratto<sup>70</sup> e non in concreto a causa dell'avversione per criteri sostanziali di soluzione del concorso di norme. Secondo un orientamento consolidato

i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale<sup>71</sup>.

Se nella vicenda “Grande Stevens” il cumulo sanzionatorio si è prodotto per la scelta di paralizzare il principio di specialità, attraverso la clausola “fatte salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” di apertura degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del d.lgs. 58/1998, nella sentenza “Favellato” le Sezioni unite eludono però l'applicazione del principio di specialità ritenendo che le due fattispecie di omesso versamento delle ritenute non integrano il medesimo fatto perché rispondono a un rapporto di progressione criminosa<sup>72</sup>.

Diversamente dall'approccio della Suprema corte, nella giurisprudenza delle Corti europee il rispetto del *ne bis in idem* è verificato secondo un approccio contenutistico che prescinde dalla qualificazione giuridica che lo Stato attribuisce alla sanzione<sup>73</sup> in quanto, a determinate condizioni, una sanzione formalmente amministrativa può considerarsi sostanzialmente penale (come verificatosi per le

<sup>70</sup> “Per medesimo fatto deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato, con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente più disposizioni di legge”. Così Cass. pen., Sez. II, 21.03.2013, n. 18376, in *CED Cassazione*, 2013.

<sup>71</sup> Così Cass. pen., Sez. unite, 20.12.2005, n. 47164, con nota di Terracina (/2006, p. 143). In senso conforme, 28.10.2010, n. 1235, con nota di Scarcella (2011, p. 567); 28.10.2010, n. 1963, con nota di Vallini (2011, p. 848); 27.02.2014, n. 25191, in **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 9, p. 1.056, 2014. Segnala la necessità di ricorrere a criteri ulteriori di soluzione del concorso apparente Romano (1995, p. 165).

<sup>72</sup> In particolare, “la fattispecie penale [...] costituisce una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima [...], la arricchisce di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali, che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo”. Così Cass. pen., Sez. unite, 12.09.2013, n. 37425 (Favellato), *cit.*, pag. 66.

<sup>73</sup> Secondo la Corte europea la qualificazione giuridica nazionale “non è tuttavia decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della CEDU, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo”. Sul punto si rinvia al paragrafo 52 della sentenza 21.02.1984, Öztürk c. Germania.

sanzioni amministrative irrogate nella vicenda “Grande Stevens”) comportando i divieti di duplicare la sanzione e di avviare un secondo giudizio sul medesimo fatto<sup>74</sup>. Per riqualificare le sanzioni amministrative, la Corte europea dei diritti dell’uomo richiama la propria giurisprudenza in base alla quale “al fine di stabilire” la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest’ultima e la natura e il grado di severità della sanzione. Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di “accusa in materia penale” è sufficiente che il reato in causa sia di natura penale rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l’interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell’ambito della “materia penale”<sup>75</sup>. Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale”<sup>76</sup>.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema del doppio binario con il principio del *ne bis in idem*. In particolare, nella sentenza “Åklagaren c. Hans Åkelberg Fransson”<sup>77</sup> essa ha affermato che

l’art. 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di Iva, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. [...] Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell’art. 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.

Resta infine da chiarire quando una sanzione amministrativa presenta un severità tale da rientrare nella materia penale. Una chiara (ed alla luce dell’importo della sanzione, sorprendente) indicazione proviene dalla sentenza

<sup>74</sup> Nella sentenza 10.02.2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russia, la Corte europea ha precisato che l’articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest’ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi.

<sup>75</sup> Poiché alla manipolazione informativa l’art. 187-ter del d.lgs. 58/1998 commina una sanzione amministrativa il cui massimo edittale è pari a venticinque milioni, con la facoltà della CONSOB di aumentare “fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l’entità del prodotto o del profitto conseguito dall’illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo”, la Corte europea ha ritenuto la sanzione connotata da un livello di afflittività tale da rientrare nella materia penale.

<sup>76</sup> Il riferimento è al punto 82 della sentenza 08.06.1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>77</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26.02.2013, causa C-617/10, par. 34, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu). Per l’approfondimento si rinvia a Esposito De Falco (2014, p. 649), nonché Vozza (2013).

“Nikänen c. Finlandia”<sup>78</sup> con la quale la Corte europea dei diritti dell’uomo ha recentemente condannato la Finlandia considerando sostanzialmente penale una sanzione amministrativa dell’importo di € 1.700: è evidente quanto lontano sia il metro di valutazione qui impiegato rispetto ai limiti edittali delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento, a tal punto che gran parte degli illeciti formalmente amministrativi dovrebbe essere considerata sostanzialmente penale<sup>79</sup>. Anche se la pluralità di criteri risolutivi (formali e sostanziali) consentisse di superare il concorso apparente di norme, così evitando la duplicazione delle sanzioni sullo stesso fatto, non deve però dimenticarsi che l’irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale coinvolge anche il diritto fondamentale ad un processo equo, previsto agli articoli 6 della CEDU e 47, secondo comma, della Carta europea, che esige garanzie che il procedimento sanzionatorio amministrativo non sempre assicura<sup>80</sup>.

## 5 CONCLUSIONI

Il pensiero alla sentenza “Favellato”, che ha escluso il concorso apparente tra le fattispecie penale ed amministrativa di omesso versamento delle ritenute, pone il quesito sul grado di resistenza di una simile posizione ai criteri di Engel, individuati dalla Corte europea ed applicati anche dalla Corte di giustizia, i quali impongono una revisione del sistema sanzionatorio<sup>81</sup>. Questo consentirebbe di eliminare le duplicazioni<sup>82</sup> e di adeguare i procedimenti d’irrogazione delle

<sup>78</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 20.05.2014, Nikänen c. Finlandia. Dalla lettura della sentenza emerge che per la mancata dichiarazione dell’incasso di alcuni dividendi al sig. Nykänen fu irrogata la sanzione amministrativa della sovrattassa pari a 1.700 euro, divenuta definitiva nel 2009. Per il medesimo fatto, inoltre, nel 2008 si avviò nei suoi confronti un procedimento penale al termine del quale fu condannato alla pena della reclusione per dieci mesi.

<sup>79</sup> Il riferimento è ai limiti edittali delle sanzioni previste dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, recante le sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi. A titolo esemplificativo, basti pensare che l’art. 1, primo comma, del medesimo decreto commina la sanzione amministrativa dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell’ammontare delle imposte dovute nel caso di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi.

<sup>80</sup> Si segnala l’ordinanza del 02.10.2014 con la quale il Consiglio di Stato ha accolto un’istanza cautelare presentata in primo grado, imponendo alla CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio alla sentenza “Grande Stevens” al fine di garantire pienamente l’integrità del contraddittorio e la pubblicità del procedimento.

<sup>81</sup> Secondo Paliero (2004, p. 1.011), la nozione di diritto sanzionatorio trova i suoi “precedenti terminologici più specifici nei sintagmi ‘diritto penale amministrativo’ e ‘diritto sanzionatorio amministrativo’. Essa si erge a categoria nuova, che travalica gli stessi limiti del diritto sanzionatorio amministrativo per assumere contorni più ampi, con la tendenza, almeno sul piano concettuale, a salire di livello per inglobare anche la legislazione speciale di marca criminale”.

<sup>82</sup> Oltre agli abusi di mercato previsti al d.lgs. 58/1998, all’art. 13 del d.lgs. 74/2000 che subordina la concessione dell’attenuante, la mancata applicazione delle pene accessorie



sanzioni (formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali) ivi compresi quelli tributari tenuto anche conto che, in tema di contraddittorio, l'art. 41 della Carta riconosce "il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio"<sup>83</sup>.

Le riflessioni finora svolte documentano l'inesorabile condizionamento della politica criminale. Il legislatore non gode più di un diritto assoluto nel comminare sanzioni perché

dal catalogo dei diritti fondamentali derivano in capo agli Stati non solo obblighi c.d. negativi (consistenti, cioè, in altrettanti divieti di violare tali diritti fondamentali attraverso condotte di propri organi legislativi, esecutivi o giudiziari), ma anche obblighi positivi di tutela, dedotti dall'obbligo generale di rispetto dei diritti fondamentali posto a carico di ciascuno Stato membro<sup>84</sup>.

Non è una prospettiva nuova. È ancora poco nota agli operatori ai quali la diretta applicabilità della Carta europea dei diritti fondamentali impone di guardare oltre il proprio ordinamento in un sistema giuridico ormai multilivello.

---

e l'accesso al patteggiamento al pagamento delle sanzioni amministrative "sebbene non applicabili all'imputato a norma dell'art. 19, comma 1", un'ulteriore previsione legale di *bis in idem* è contenuta all'art. 174-*bis* della legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore.

<sup>83</sup> In questa direzione si pone la legge 11 marzo 2014, n. 23, recante delega fiscale, che prevede all'art. 1, tra i principi e criteri direttivi generali, il "b) [...] la previsione di forme di contraddittorio propedeutiche all'adozione degli atti di accertamento dei tributi", nonché all'art. 5, lett. f), "specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria [...] in ogni fase del procedimento di accertamento tributario". Sul punto, nella sentenza 18.12.2008, causa C-349/07 (Sopropé) la Corte di giustizia affermò che "il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniquale volta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo. In forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione" (paragrafi 36-37). In senso conforme, 03.07.2014, cause riunite C-129/13 (Kamino International) e C-130/13 (Datema Hellmann Worldwide). Inizialmente contraria all'esistenza di un principio generale di contraddittorio in ordine alla formazione della pretesa fiscale, così Cass. civ., Sez. V, 29.12.2010, n. 26316, con nota di Marcheselli (2011, p. 376), allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia le Sezioni unite hanno recentemente affermato che "l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale, costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una e specifica previsione normativa". Così Cass. civ., Sez. unite, 18.09.2014, n. 19667 e n. 19668, in Leggi d'Italia. Sul tema si veda Fantozzi (2011, p. 137); Iorio; Ambrosi (2014, p. 2.260); Selicato (2012, p. 321); Thione (2014, p. 11).

<sup>84</sup> In questi termini Viganò, 2007b, p. 36.

## RIFERIMENTO

- AGOSTINI, Bianca; CENTAMORE, Gisueppe. Protocollo XVI alla convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 2014.
- ALBANO, A. Profili dogmatici e prospettive di attuazione nel diritto vivente del principio del ne bis in idem in materia tributaria. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 3, 2014.
- ALESSANDRI, Alberto. Attività d’impresa e responsabilità penali. In: **La responsabilità dell’impresa**. Milano: Giuffrè, 2006.
- ARDESI, Luciano. Dai diritti umani ai diritti dei popoli. In: BACCARINI, Emilio; FIORAMONTI, Lorenzo (a cura di). **Diritti umani: cinquant’anni dopo**. Roma: Aracne, 1999.
- BARTOLE, Sergio; SENA, Pasquale de; ZAGREBELSKY, Vladimiro. **Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**. Padova: Cedam, 2012.
- BERNARDI, Alessandro. La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e diritto penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.
- BERRI, Mario. Composizione del contrasto tra corte costituzionale e corte di giustizia delle comunità europee. In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 1, 1984.
- BOBBIO, Norberto. Sul fondamento dei diritti dell’uomo: relazione al Convegno sul fondamento dei diritti dell’uomo, L’aquila, 14-19 settembre 1964. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 42, p. 302-309, 1965.
- BUTTURINI, Daniele. **La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo**. Napoli: E.S.I., 2009.
- CAIANELLO, M. Profili critici e ipotesi di sviluppo nell’adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. In: MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). **La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011.
- CALLARI, Francesco. **La revisione la giustizia penale tra forma e sostanza**. Torino: Giappichelli, 2012.

CARTABIA, Marta. L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. In: CARTABIA, Marta (a cura di). **I diritti in azione**: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee. Bologna: Nulino, 2007.

CERRUTI, Tanja. Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona? In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 4, 2012.

CIRAULO, Antonell. La punibilità degli omessi versamenti dell'Iva e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite. In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 54, n.° 1, p. 66-87, 2014.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto internazionale**. Napoli: Scientifica, 2006.

CONSIGLIO, Paolo. L'evoluzione dei rapporti tra procedimento penale e processo tributario tra crisi del "doppio binario" e (parziale) ripristino delle pregiudiziali penali. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 1, 2014.

DOVA, Massimiliano. Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali. In: Cassazione Penale, Milano, Sez. III, 08.04.2014, n. 20266. Disponibile in: <www.penalecontemporaneo.it>.

ESPOSITO DE FALCO, Olimpia. L'applicazione in materia sanzionatoria tributaria del principio del ne bis in idem nella Carta Europea dei diritti fondamentali e nella CEDU (nota a Corte di giustizia, sentenza 26/02/2013, n. C-617/10). In: **Diritto e Pratica Tributaria Internazionale**, Padova, Ed. CEDAM, n. 2, p. 649-488, 2014.

FASSÒ, Guido. **Il diritto naturale**. Torino: E.R.I., 1964.

FERRAJOLI, Luigi. Sui fondamenti dei diritti fondamentali: un approccio multidisciplinare. In: **Studi Sulla Questione Criminale**, Roma, Ed. Carotti, v. 2, n. 2, p. 11-25, maggio-agosto 2010.

FLICK, Giovanni Maria. Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo. 14 settembre 2014. Disponibile in: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3281-reati-fiscali-principio-di-legalita-e-ne-bis-in-idem-variazioni-italiane-su-un-tema-europeo>>.

FOFFANI, Luigi. Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e diritto penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.

FANTOZZI, Augusto. Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari. In: **Rivista di Diritto Tributario**, fascicolo 2, p. 127-158, 2011.

GIUNCHEDI, Filippo. La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza? In: **Archivio Penale**, anno LXV, fascicolo 1, p. 3-29, gennaio-aprile 2013.

GRASSO, Giovanni. Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.307-2.350, 2011.

GRASSO, Giovanni. Introduzione: diritto penale ed integrazione europea. In: GRASSO, Giovanni; SICURELLA, Rosaria (a cura di). **Lezioni di diritto penale europeo**. Milano: Giuffrè, 2007a.

GRASSO, Giovanni. La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo. In: **Criminalia 2006, Annuario di Scienze Penalistiche**, Pisa, Ed. ETS, v. 1, p. 93-124, 2007b.

HENKIN, Louis. Diritti dell'uomo. In: **Enciclopedia delle Scienze Sociali**. Milano: Treccani, 1993.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Il quarto grado di giurisdizione: la corte europea dei diritti dell'uomo (nota a Corte cost., sent. 04.06.2010, n. 196). In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 51, n.° 2, p. 794-820, 2011.

INSOLERA, Gaetano. Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 12, fascicolo 7, p. 895-900, 2006.

IORIO, Antonio. Fisco, test sulle doppie sanzioni. In: **Il sole 24 ore**, Milano, 12 novembre 2014.

IORIO, Antonio; AMBROSI, Laura. Diritto di contraddittorio preventivo e garanzie del contribuente. In: **Fisco**, ETI Wolters Kluwer, v. II, n. 23, p. 2.260 ss. 2014.

JAKOBS, Günther. I terroristi non hanno diritti. In: KOSTORIS, Roberto E.; ORLANDI, Renzo (a cura di), **Contrasto al terrorismo interno e internazionale**. Torino: Giappichelli, 2006.

KANT, Immanuel. **Per la pace perpetua**. Milano: Feltrinelli, 1991.

KOSTORIS, Roberto E. Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate". In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 12, p. 4.738-4.747, 2013.

LANZI, Alessio; ALDROVANDI, Paolo. **Diritto penale tributario**. Padova: CEDAM, 2014.

MAGRO, Maria Beatrice. Le manipolazioni di mercato tra illecito penale e illecito amministrativo. In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 61 ss., 2007.

MANACORDA, Stefano. Diritto penale europeo. In: Diritto on line, Treccani, 2014. Disponibile in: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-penale-europeo\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-penale-europeo_%28Diritto-on-line%29/)>.

MANACORDA, Stefano. “Dovere di punire”? gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 55, n. 4, p. 1.364-1.401, 2012.

MANES, Vittorio. **Il giudice nel labirinto**: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Dike Giuridica, 2012.

MANES, Vittorio. **La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011.

MANES, Vittorio; SGUBBI, Filippo (a cura di). **L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale**. Bologna: Bononia University Press, 2007.

MANNOZZI, Grazia; CONSULICH, Federico. La sentenza della corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia**, anno XIX, n. 4, p. 899-944, ottobre-dicembre 2006.

MARCHESELLI, Alberto. Contraddittorio e procedimento tributario, un passo indietro e due avanti. In: **Corriere Tributario**, v. 34, fascicolo 5, p. 376-380, 2011.

MARIELLA, Giovanni; PEZZUTO, Giancarlo. Il bilancio comunitario ed il concetto di frode comunitaria. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, anno XLVI, n. 6, p. 2.381 e ss., 1997.

MARZANATI, Anna. La corte costituzionale alla ricerca di nuovi spazi nella composizione dei conflitti tra diritto interno e diritto comunitario. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 5, 1995.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. Diritti umani (diritto internazionale): protezione internazionale. In: Diritto on line, Treccani, 2013. Disponibile in: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-umani-dir-int-protezione-internazionale\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-umani-dir-int-protezione-internazionale_%28Diritto-on-line%29/)>.

NUZZOLO, Agostino; TOSCHI, Giorgio. L’evoluzione della disciplina in materia di tutela degli interessi finanziari dell’UE. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 3, 2001.

PALIERO, Carlo Enrique. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 4, p. 1.111 ss., 2004.

PICOTTI, Lorenzo. Il Corpus Juris 2000: profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di costituzione per l'Europa. In: PICOTTI, Lorenzo (a cura di). **Il Corpus Juris 2000**: nuova formulazione e prospettive di attuazione. Padova: Cedam, 2004. p. 3-91.

PICOTTI, Lorenzo. L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, n. 3, 2006.

PIRRONE, Pasquale. **L'obbligo di conformarsi alle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo**. Milano: Giuffrè, 2004.

PULITANÒ, Domenico. Politica criminale. In: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio (a cura di). **Diritto penale in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1985.

PUSTORINO, Pietro. Un nuovo intervento della corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu. In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 12, 2011.

RISI, C. Gli articoli 2, 3 della Costituzione. In: CENDON, Paolo (a cura di). **Trattato breve dei nuovi danni**: persone, famiglia, medicina. v. I. Padova: Cedam, 2014.

ROMANO, Mario. **Art. 15**: commentario al codice penale. v. I. Milano: Giuffrè, 1995.

RUOTOLO, Marco. Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale. In: **Scritti in onore di Alessandro Pace**. v. III. Napoli: Scientifica, 2012. p. 2.469-2.500.

SCARCELLA, Alessio. Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le sezioni unite c'è frode e frode. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 17, fascicolo 5, p. 567-580, 2011.

SELICATO, Pietro. Scambio di informazioni, contraddittorio e statuto del contribuente. In: **Rassegna Tributaria**, v. 55, fascicolo 2, p. 321-358, 2012.

SICURELLA, Rosaria. Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/ Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.569-2.644, 2011.

SORBELLO, Pietro. Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di *market abuse*. In: **L'Indice Penale**, Roma, Dike Giuridica, anno 2008, v. 11, Fascicolo 2, p. 565-598, 2008.

SORBELLO, Pietro. Il *bis in idem* nell'ordinamento penale italiano: dal *market abuse* al diritto sanzionatorio tributario. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione "Progetto Giustizia Penale", n. 3, 2015.

SORRENTI, Giuse. **L'interpretazione conforme a costituzione**. Milano: Giuffrè, 2006.

SORRENTINO, Federico. La tutela multilivello dei diritti. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 79-88, 2005.

SOTIS, Carlo. Le competenze penali dell'Unione previsto nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e diritto penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.

TERRACINA, David. Il "cerchio e la botte", linee guida delle sezioni unite in materia di tutela penale del diritto d'autore. In: **Diritto dell'Internet**, n. 2, p. 146-152, 2006.

THIONE, Marco. Il contraddittorio procedimentale. In: **Consulenza**, n. 11, 2014.

TIZZANO, Antonio. La corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo. In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, n. 1, p. 2.063-2.074, gennaio 1984.

VALLINI, Antonio. Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 17, fascicolo 7, p. 848-858, 2011.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale del nemico e diritti fondamentali. In: BERNARDI, Alessandro; PASTORE, Baldassare; PUGIOTO, Andrea (a cura di). **Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare**. Milano: Giuffrè, 2008.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo. In: RUGA RIVA, Carlo (a cura di). **Ordinamento penale e fonti non statali: l'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale**. Milano: Giuffrè, 2007b.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 42 ss., 2007a.

VIGANÒ, Francesco. Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU). Disponibile in: <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/ Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.645-2.704, 2011.

VILLANI, Ugo. **Dalla dichiarazione universale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo**. Bari: Cacucci, 2012.

VOZZA, Donato. I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 15 aprile 2013. Disponibile in: < <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2226-i-confini-applicativi-del-principio-del-ne-bis-in-idem-interno-in-materia-penale-un-recente-contrib>>.

ZANNOTTI, Roberto. **Il nuovo diritto penale dell'economia**. Milano: Giuffè, 2008.

Submissão em: 26 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 8 de novembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

SORBELLO, Pietro. I diritti fondamentali come limite alla politica criminale: considerazioni sull'incidenza dell'ordinamento europeo sul diritto sanzionatorio italiano. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 268-295, set.-dez. 2022.



## **POR QUE A ESPIRITUALIDADE É IMPORTANTE PARA O DIREITO:**

### **UMA EXPLICAÇÃO<sup>1</sup>**

**RAFAEL DOMINGO OSLE<sup>2</sup>**

#### **RESUMO**

**N**este artigo, exploro as potenciais ligações entre o direito e a espiritualidade, bem como algumas das implicações legais destas ligações. Depois de argumentar que a espiritualidade é conceitualmente autônoma da religião e da moralidade, explico porque é que a tríade espiritual do amor, comunhão e dom está profundamente interligada com a tríade legal da justiça, do acordo e do direito. Também explico porque é que as intenções individuais e coletivas e os valores culturais são os principais canais de interação entre o direito e a espiritualidade. Na segunda parte do artigo, defendo que os sistemas jurídicos evoluem através da espiritualização, entre outras formas, promovendo a desmaterialização do sistema jurídico, encorajando a limitação da dominação, inspirando a redução da coerção, estimulando a comunhão e o consenso na sociedade, ou aumentando o respeito pela lei e pelos sistemas jurídicos. A espiritualização exige o reconhecimento da dimensão superior do direito e, portanto, ajuda a repensar, reorientar, renovar, reformar e reimaginar o direito e os sistemas jurídicos. Finalmente, esboço um padrão de cinco níveis para medir o grau de espiritualização dos sistemas jurídicos concretos. Este padrão também pode ser aplicado a atores e instituições legais.

---

<sup>1</sup> A versão original em Inglês deste ensaio foi publicada sob o título, “Why Spirituality Matters for Law: an explanation”, em *Oxford Journal of Law and Religion* 8, n.º 2, p. 326-434, 2019.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Navarra (Espanha). Spruill Family Professor of Law and Religion, Emory University (Atlanta, Geórgia, Estados Unidos). Catedrático (Professor of Law) Alvaro d’Ors, Universidade de Navarra (Pamplona, Navarra, Espanha). Co Editor, *Journal of Law and Religion*. Cambridge University Press. ORCID: 0000-0003-0772-4661. e-mail: rafael.domingosle@gmail.com

**Palavras-chave:** espiritualidade, direito, sistema jurídico, intenção, valores, globalização, moralidade, religião, amor, comunhão, justiça, dom.

### ABSTRACT

In this article, I explore potential connections between law and spirituality and some of the legal implications of these connections. After arguing that spirituality is conceptually autonomous from religion and morality, I explain why the spiritual triad of *love, communion, and gift* is deeply interconnected with the legal triad of *justice, agreement, and right*. I also make clear why individual and collective intentions and cultural values are the main channels of interaction between law and spirituality. In the second part of the article, I argue that legal systems evolve through spiritualization, among other ways, promoting the *dematerialization* of the legal system, encouraging the limitation of domination, inspiring the reduction of coercion, stimulating communion and consensus in society, or increasing respect for the law and the legal systems. Spiritualization demands a recognition of the higher dimension of the law and, therefore, helps rethink, reorient, renew, reform, and reimagine law and legal systems. Finally, I sketch a pattern of five levels to measure the degree of spiritualization of concrete legal systems. This pattern can also be applied to legal actors and institutions.

**Keywords:** spirituality, law, legal system, intention, values, globalization, morality, religion, love, communion, justice, gift.

### INTRODUÇÃO: ESPIRITUALIDADE, RELIGIÃO E MORALIDADE

Nos últimos anos, estudiosos e cientistas de diferentes disciplinas (Sociologia, Medicina, Negócios e Psicologia, entre outras) prestaram especial atenção à espiritualidade como um possível fator de interligação no desenvolvimento humano e social. Argumentaram que a espiritualidade é importante para informar as decisões, orientar as atividades humanas e promover a coesão social e a saúde individual (ver, por exemplo, BOUCKAERT; ZSOLNAI, 2011; COBB; PUCHALSKI; RUMBOLD, 2012; MILLER, 2012; BALBONI; BALBONI, 2018; ZSOLNAI; FLANAGAN, 2019; DOMINGO-OSLE; DOMINGO OSLE, 2020, p. 1.268-1.274; DOMINGO OSLE; RODRÍGUEZ-FRAILE, 2021). No entanto, no estudo do Direito e da estrutura curricular dos estudos jurídicos, o foco acadêmico na espiritualidade é raro (ver BLOMQUIST, 2003, p. 583-622; GENSLER, 2016, p. 112-132, sobre direito natural e espiritualidade; DÉAK, 2019, p. 280-288).

Este ensaio explicativo e normativo pretende contribuir para preencher esta lacuna, explorando o aspecto espiritual do Direito, a ligação entre o Direito e a espiritualidade, e algumas das possíveis implicações desta ligação para a evolução do Direito.

Neste texto, refiro-me ao Direito apenas como Direito Humano, ou seja, como uma ordem social racional e coerciva que regula e institucionaliza as interações humanas de acordo com a justiça. O Direito Humano é mais amplo do que o mero Direito Positivo, uma vez que o Direito Humano também inclui o Direito Consuetudinário, a tradição e os princípios morais utilizados para decidir casos difíceis. O Direito Humano, enquanto criação humana racional, não inclui, contudo, a ideia secular e convincente do direito divino ou do direito eterno (sobre esta ideia, ver BRAGUE, 2007. Ver também DOMINGO OSLE, 2016). Uma vez que a lei divina e a sua ligação ao direito humano pressupõem a espiritualização do Direito, prefiro não utilizar a expressão lei divina neste artigo. A profunda ligação entre o direito divino e o Direito Humano, que é de caráter claramente espiritual, deve ser metodologicamente precedida por uma explicação da ligação entre o Direito Humano e a espiritualidade.<sup>3</sup> Este é exatamente o objetivo do presente texto.

Entendo a espiritualidade como uma ordem ontológica e transcendente que liga e une Deus e o divino, com a humanidade e o universo, de acordo com o amor. A minha abordagem à espiritualidade é, portanto, teísta, mas não rejeita outras tentativas de desenvolver a espiritualidade sem Deus (ver, por exemplo, HARRIS, 2014). De certa forma, a minha abordagem da espiritualidade está próxima da intuição de Raimon Panikkar (1993) sobre a *experiência cosmoteandrica*, que oferece uma visão totalmente integrada de toda a realidade, e da ideia de espiritualidade utilizada pelo Papa Francisco na sua encíclica “*Laudato si*”.<sup>4</sup>

O presente artigo se baseia na intuição (não na premissa) de que a realidade, embora diferenciada, é uma só. Portanto, todas as dimensões da realidade e todas as abordagens epistemológicas da realidade (investigação científica, razão lógica e intuição contemplativa) estão ligadas. A unidade da realidade tem sido aceite com nuances diferentes por muitas tradições espirituais, filosóficas e místicos ao longo dos séculos, e nunca foi negada (e por vezes apoiada) pela Ciência.<sup>5</sup> Alguns cientistas tentam iluminar uma epistemologia unitária de diferentes disciplinas científicas, uma tentativa a que E. O. Wilson (1999) chama “consiliência”. Durante séculos, filósofos, de Plotinus<sup>6</sup> a Wittgenstein<sup>7</sup>, refletiram também sobre a interconectividade entre objetos, coisas e pensamentos.

<sup>3</sup> Em certo sentido, a lei divina é lei espiritual, ou seja, uma lei imutável de amor que governa profundamente toda a realidade.

<sup>4</sup> Papa Francisco, Carta Encíclica “*Laudato si*”, 24 de maio de 2015, números 63, 73, 75, 105, 111 e 240, entre outros.

<sup>5</sup> O novo contexto oferecido pela Física, de certa forma, torna possível uma melhor compreensão da espiritualidade. Por exemplo, a teoria das supercordas da gravidade quântica sustenta que as quatro forças fundamentais da natureza (gravidade, eletromagnetismo, e as forças nucleares fortes e fracas), bem como toda a matéria, constituem diferentes expressões de uma única essência. Para uma visão geral, ver Schomerus (2017).

<sup>6</sup> No século III, Plotino, o fundador do Neoplatonismo, observou: “O Um é a primeira existência. Mas Inteligência, Ideias e Ser não são os primeiros”. Ver Plotinus (1964, p. 75).

<sup>7</sup> Ver Wittgenstein (1999, p. 30): “Assim como não podemos pensar em nenhum objeto espacial para além do espaço, ou em objetos temporais para além do tempo, também não podemos pensar em nenhum objeto para além da possibilidade da sua ligação com outras coisas”.

No hinduísmo, todas as coisas são consideradas como tendo recebido o seu ser e vida da verdadeira realidade, ou seja, o princípio espiritual interior eterno Atman-Brahman: a energia ou alma individual primária (Atman) é a alma cósmica ou a derradeira realidade divina (Brahman). No budismo, a imagem da teia da Indra descreve e simboliza a interconectividade do universo e a sua origem interdependente. No Taoísmo, o Tao, ao mesmo tempo transcendente e totalmente imanente, é a fonte da vida e a força cósmica de toda a realidade.

Nas religiões Abraâmicas, Deus, o Absoluto, é o único criador, doador da vida e sustentador do universo, ou seja, a realidade que sustenta toda a realidade. A distinção essencial entre um Deus transcendente e as criaturas não exclui necessariamente a unidade da realidade. O Shema louva a Deus como um só (*echad*) (libro do Deuteronomio, capítulo 6, versículo 4), implicando que Deus é um nos céus e na terra, e assim permeia toda a existência material. Na Primeira Carta aos Coríntios (capítulo 15, versículo 28),<sup>8</sup> o apóstolo Paulo explica o culminar da criação, dizendo que Deus é “tudo em todos”. Alguns séculos mais tarde, o Pseudo-Dionísio Neoplatonista Cristão, influenciado por Plotino, afirmou que “nada no mundo carece da sua quota-parte do Um”. Tal como cada número participa na unidade – como nos referimos a um casal, uma dúzia, meia, um terço, um décimo – assim tudo, e cada parte de tudo, participa no Um (PSEUDO-DIONÍSIO, 1987, 977C, p. 128). No islamismo, o místico andaluz medieval e estudioso Ibn al-Arabi e a sua escola apoiaram a doutrina da unidade do ser (Wahdat al-Wujūd). Segundo Ibn al-Arabi, Deus e a criação são, em última análise, um só, uma vez que tudo o que foi criado pré-existiu no conhecimento de Deus e voltará para ele. Só Deus é a realidade omnipresente e eterna.<sup>9</sup>

Historicamente, a indispensável divisão entre direito e religião nas sociedades democráticas, ela própria uma clara expressão da espiritualização do direito, conduziu paradoxalmente à separação entre espiritualidade e direito, fomentando a visão de que a espiritualidade pertencia inalienavelmente à esfera da religião. No entanto, embora intimamente relacionada com a religião, a espiritualidade é mais ampla; tem uma vida própria (sobre esta distinção, ver HAIGHT, 2016, p. 1-15). A espiritualidade é anterior à religião, tal como a moralidade é anterior à lei. A espiritualidade é um aspecto essencial da religião, mas não pode ocupar todo o espaço da religião. Além disso, a espiritualidade existe fora da religião (por exemplo, na abertura individual à transcendência), e muitos aspectos da religião não se enquadram no reino da espiritualidade (por exemplo, direito canônico positivo). Assim, a espiritualidade pode ser vista como uma fonte autônoma e fértil de inspiração legal, na qual não só o sentido e a razão, mas também a consciência e o propósito, a boa vontade e a unidade desempenham um papel importante.

<sup>8</sup> Ver também Romanos 14:8: “Porque se vivemos, vivemos para o Senhor, e se morremos, morremos para o Senhor”. Portanto, quer vivamos ou morramos, somos do Senhor”; e 1 João 4, 16: “Deus é amor, e quem permanece no amor permanece em Deus, e Deus nele”.

<sup>9</sup> Uma tradução inglesa do seu livro, *The Seals of Wisdom* (Fusus al-Hikam), está disponível em <<http://www.sufi.ir/books/download/english/ibn-arabi-en/fusus-al-hikam-en.pdf>>.

Esta separação entre espiritualidade e religião não pretende de forma alguma minar o importante valor das religiões e da revelação divina, nem reduzir a religião a uma instituição, nem promover uma espécie de espiritualismo individualista. Qualquer antítese sugerida entre religião e espiritualidade é enganadora e imprecisa (sobre a origem do sentido moderno da espiritualidade, ver ROLDÁN-FIGUEROSA, 2021). A própria ideia do Espírito de Deus é tanto espiritual como religiosa na sua essência, e desempenhará um papel importante nas nossas reflexões. Além disso, as religiões moldaram muito frequentemente diferentes tradições espirituais porque a espiritualidade requer, até certo ponto, uma encarnação na cultura, história, fé e comunidades.<sup>10</sup> Embora a espiritualidade seja universal, as suas expressões são culturais.

A espiritualidade é também conceitualmente diferente, mas está intrinsecamente relacionada com a moralidade. Em termos gerais, a moralidade fornece um sistema ou código de princípios, valores e regras segundo as quais as intenções, comportamentos e ações são julgados como bons ou maus. Enquanto a moralidade se refere ao bem, a espiritualidade se refere à unidade, como veremos. A bondade expressa algo diferente da unidade, mas onde há algum grau de bondade, há algum grau de unidade e vice-versa. Os filósofos medievais explicaram que a bondade e a unidade, como transcendentais, eram mesmo permutáveis (para uma visão geral, ver GORIS; AERTSEN, 2016). Como veremos na secção 7, a unidade de valor é uma manifestação da unidade do bem, e a unidade do bem enquanto tal é de caráter espiritual. Esta unidade de bondade explica por que é que o bem comum prevalece sobre o bem privado, mas também por que existe uma forte ligação (espiritual) entre os bens privados e comuns.

Devido à minha formação em espiritualidade cristã ocidental e ao fato de a Ciência do Direito se ter desenvolvido principalmente no Ocidente (sobre este tema, ver BERMAN, 1983; DOMINGO OSLE, 2005; WITTE JÚNIOR, 2021), vou me referir, precipuamente, à tradição espiritual ocidental e ao Direito ocidental. Isto não significa qualquer menosprezo de outras tradições espirituais ou jurídicas ou uma expressão de etnocentrismo, mas, sim, o contrário: um grande respeito pela variedade de tradições e um forte desejo de envolver muitos estudiosos no excitante projeto de ligação entre o Direito e a espiritualidade a partir de diferentes perspectivas.

---

<sup>10</sup> A comunicação não verbal (por exemplo, linguagem corporal) é também um sistema linguístico. Na mesma linha, ver Underhill (2002, p. x).

## 2 APROXIMAÇÃO DA LEI E ESPIRITUALIDADE: ALGUMAS SEMELHANÇAS

O Direito e a espiritualidade podem ser amplamente entendidos como artes práticas, ciências especulativas e tradições. Ambos refletem também uma experiência e uma atitude em pessoas humanas. Espiritualidade e Direito são sistemas no sentido em que ambos são constituídos por um conjunto de princípios interdependentes, procedimentos interativos e elementos rituais conectados que formam um todo complexo específico. Como os sistemas, a lei e a espiritualidade exigem que todos os novos elementos do exterior sejam recebidos no sistema de acordo com a sua própria língua.<sup>11</sup>

Tanto o Direito como a espiritualidade constituem artes no sentido clássico da prática baseada na experiência (*techne* grego ou *ars* latino).<sup>12</sup> Como as artes, o Direito e a espiritualidade implicam a compreensão prática e a classificação (regras, definições, divisões) das coisas universais, e não apenas a pura acumulação de experiências individuais. Se o jurista romano Juventius Celsus definiu a famosa lei como a “arte do bem e do justo” (*ars boni et aequi*) (ver CELSUS; ULPIANUS [S. n. t.]; CERAMI, 1985, p. 5-249; MOATTI, 2015, p. 235-242), poderíamos dizer, imitando a sua definição, que “a espiritualidade é a arte da unidade e do amor” (*ars unitatis et amoris*). Mas, o Direito e a espiritualidade são também intuição criativa e conhecimento especulativo que procuram os primeiros princípios e causas. Neste sentido mais amplo e clássico da Ciência como conhecimento ou compreensão (*episteme* grego ou *ciência* latina), e não no sentido mais restrito das Ciências empíricas modernas, o Direito e a espiritualidade acabam por constituir uma Ciência: a Ciência do Direito, tradicionalmente chamada *iurisprudencia*,<sup>13</sup> e a ciência da espiritualidade, tradicionalmente chamada, na cultura ocidental, pneumatologia (referindo-se ao conhecimento do Espírito Santo), teologia espiritual ou simplesmente espiritualidade.

Como Ciência, tanto o Direito como a espiritualidade têm as suas respectivas fontes, métodos de interpretação, procedimentos e linguagem específica. A linguagem espiritual, especialmente a linguagem mística mais experiencial, é altamente simbólica, muitas vezes metafórica. A razão para isto é que a Ciência da espiritualidade, por definição, não pode capturar o espírito, uma vez que ela é mental e o espírito é metamental. A linguagem do Direito, embora mais racional, está também aberta a símbolos e metáforas para explicar as realidades mais profundas da ordem jurídica (ver também WITTE JÚNIOR, 2022, p. 37-

<sup>11</sup> Sobre a linguagem do direito e a sua ligação ao elemento místico, ver Berman, 2013, p. 83; Berman, 1993, p. 4-6.

<sup>12</sup> Para uma visão geral da distinção frequentemente ambígua entre *episteme* e *techne* (por vezes permutável), ver Parry (2014).

<sup>13</sup> Inspirado no pensamento grego, Ulpianus [S. n. t.] definiu a jurisprudência como “o conhecimento das coisas divinas e humanas, do que é justo e do que é injusto”.

55. Sobre o papel da metáfora na criação de significado, ver RICOEUR, 1977). Como Ciência, o Direito e a espiritualidade podem ser manipulados e corrompidos. Tal como existe uma lei perversa (por exemplo, a lei da escravatura, ou lei nazi), também existe uma espiritualidade perversa (por exemplo, o ocultismo e as artes mágicas). Por detrás destas realidades espúrias há mais arrogância e dominação do que amor e justiça.

O Direito e a espiritualidade incorporam diferentes tradições jurídicas e espirituais, respectivamente (sobre a ideia de tradição jurídica, ver GLENN, 2008, p. 427-445). Nenhuma sabedoria jurídica ou espiritual acumulada no passado – ou seja, nenhuma tradição – é transmitida à geração seguinte simplesmente com base na razão pura. A cultura é repetidamente renovada e refrescada. As tradições são fundamentais para ligar a espiritualidade e o direito à cultura. Uma vez que todas as tradições contêm alguns elementos que são universais, é possível e louvável um certo grau de inclusão em vez de uma mera justaposição entre tradições.

Finalmente, podemos dizer que o Direito e a espiritualidade podem refletir uma atitude jurídica e espiritual, respectivamente. Existe uma forma estabelecida de pensar ou sentir sobre Justiça e espiritualidade que se reflete no comportamento de uma pessoa ou de um coletivo. Ambas as atitudes estão bem ligadas uma à outra. A atitude jurídica proporciona um sentido de Justiça e responsabilidade social, que leva a respeitar e proteger os direitos dos outros e as leis básicas de uma comunidade política. A atitude espiritual conduz à libertação do **eu** e promove um sentido de comunhão com os semelhantes, harmonia com o universo e, em última análise, união com o divino.

### **3 DIMENSÃO HOLÔNICA DA METADIMENSIONALIDADE LEGAL VS. HOLÍSTICA DA METADIMENSIONALIDADE ESPIRITUAL**

A diferença mais importante entre o legal e o espiritual é que o legal é dimensional e holístico, enquanto que o espiritual é metadimensional e holístico. Uma vez que as ordens legais regem o comportamento humano, e o comportamento humano ocorre em alguma região do espaço durante algum intervalo de tempo, as ordens legais têm normalmente uma dimensão espacial e temporal e um âmbito de validade (ver KELSEN, 1945, p. 42-44). O que é válido nos Estados Unidos não é necessariamente válido na Europa ou Austrália, e o que era válido no passado (por exemplo, a escravatura no Código de Hamurabi ou na Lei das Doze Tábuas) não é necessariamente válido hoje. Além disso, uma vez que os sistemas legais regulam o comportamento humano de acordo com a

Justiça, há muitos aspectos do comportamento humano que não se enquadram no âmbito da lei (por exemplo, amizade, preferências desportivas ou culinárias, preocupações finais e crenças religiosas). Finalmente, algumas regras legais só se aplicam a certos tipos de pessoas (por exemplo, andarilhos, imigrantes, mulheres grávidas, pensionistas, menores, pessoas casadas).

Em certo sentido, podemos dizer que a lei funciona sob quatro dimensões (temporal, espacial, material e pessoal), tal como na física relativista três dimensões do espaço e uma do tempo têm sido a norma tradicionalmente aceita: o *continuum* espaço-tempo tetradimensional. No entanto, tal como as quatro dimensões não explicam a realidade física como um todo, também as quatro dimensões legais não explicam completamente a realidade jurídica.

Embora autônoma, a dimensão jurídica também faz parte de outras dimensões superiores, e neste sentido é holônica.

A palavra *holon* foi cunhada por Arthur Koestler.<sup>14</sup> *Holon* refere-se a algo que é ao mesmo tempo um todo e uma parte. Na verdade, o primeiro significado geral do conceito tinha sido compreendido muitos séculos antes, expresso na conhecida frase “o todo é maior do que a soma das suas partes”. Mas o termo de Koestler acrescenta algo mais. Cada *holon* emergente integra o que o precede e, ao mesmo tempo, transcende-o. Da mesma forma, uma célula incorpora e transcende as suas moléculas constituintes, as moléculas incorporam e transcendem átomos, e os átomos incluem e transcendem as suas partículas. Existe uma hierarquia anti-reducionista das dimensões da realidade na qual cada uma é verdadeira em si mesma, mas subsumida na dimensão geral: a física na química, a química na biológica, a biológica na social, e assim por diante até à espiritual.

A dimensão jurídica é autônoma (isto é, um todo) mas interdependente (isto é, uma parte). É autônomo porque a lei tem a sua própria linguagem, regras, princípios, sanções e atores. Ao mesmo tempo, contudo, o direito está altamente dependente de outras dimensões – por exemplo, a dimensão moral – porque a interpretação do Direito deve utilizar princípios morais (ver DWORKIN, 2011, p. 405-407). Ser holônico implica que os conflitos e oposições internas numa dimensão devem ser resolvidos numa dimensão superior e, em última análise, no reino espiritual holístico, o que proporciona unidade ao todo.

Em contraste com a dimensão legal, a dimensão espiritual é metadimensional e holística. A ordem espiritual vai além e transcende a esfera espacial e temporal de validade. Isto é possível, mesmo de um ponto de vista científico, porque o espaço não é necessariamente o nível fundamental da realidade; por conseguinte,

<sup>14</sup> A palavra *holon* foi cunhada por Koestler (1967). A ideia foi amplamente desenvolvida por Wilber (2000). Ver também agora Domingo Osle; Fraile Díaz (2021, p. 34-39).



nem todos os fenômenos acontecem e cabem exatamente no espaço (GREENE, 2011). Além disso, ao contrário dos sistemas legais, a espiritualidade não pode ser reduzida a um certo número de pessoas ou limitada pela matéria. Com diferentes nuances, graus e intensidades, a espiritualidade engloba todos os aspectos da vida humana, e da vida em geral.

A razão última para isto é que Deus, que é Espírito (João, capítulo 4, versículo 24) e o Absoluto,<sup>15</sup> é imensurável e, portanto, irreduzível a qualquer dimensão. A ordem espiritual é metadimensional porque o Espírito de Deus é metadimensional. Deus está em todo o lado e não pode ser confinado a qualquer ponto no espaço ou momento no tempo (Salmo 139, 7-12). Deus permeia e impregna tudo através do poder, presença e essência divinos. Deus existe “não circunscrito em todas as coisas”, diz São Boaventura (BONAVENTURE, 2016, p. 15). Além disso, todas as coisas são uno com Deus sem serem, elas próprias, Deus. Como Pseudo-Dyonísio (1987, 977C, p. 128) salientou, “a causa única de todas as coisas não é uma das muitas coisas no mundo, mas na verdade precede a unidade e a multiplicidade e, de fato, define unidade e multiplicidade”.

A espiritualidade, portanto, oferece uma apreciação holística da realidade em que todos e tudo está harmoniosamente ligado a todos e a tudo o resto. “Tudo está em cada coisa”, disse Nicholas de Cusa (1997, secção 117, p. 140), já que cada coisa reflete até certo ponto a unicidade do Espírito de Deus. “Deus é tão único” – insiste Nicholas – Deus “é na realidade tudo o que é possível” (CUSA, 1997, secção 14, p. 93). A singularidade é primordial no conhecimento de Deus e, por extensão, no conhecimento espiritual, tal como outras figuras de alteridade no domínio conceitual e, portanto, no domínio jurídico. O espiritual, portanto, não pode ser holônico porque falha a condição de ser parte de uma realidade maior. Dentro do mundo espiritual existem realidades autônomas (Deus, almas humanas, anjos), mas o espiritual enquanto tal não faz parte de outra realidade. Não é holístico, mas holístico.

#### **4 A TRÍADE ESPIRITUAL: AMOR, COMUNHÃO E DOM**

Na tradição cristã, falar de espiritualidade significa falar do Espírito Santo. E falar do Espírito Santo significa falar de amor, comunhão e dom. O Espírito Santo é o eterno amor mútuo entre o Pai e o Filho (AUGUSTINE, 1990, 15.17.27). Portanto, embora Deus seja amor e a fonte de todo o amor (Primeira Carta de São João, capítulo 4, versículo 16), o Espírito Santo é especialmente

<sup>15</sup> Não há contradição entre o conceito de Um Absoluto e o Outro Absoluto. Como Ser transcendente, Deus é o Outro Absoluto; como Ser imanente, Deus é o Absoluto.

chamado amor (AUGUSTINE, 1990, 15.17.29, *in fine*) em alguns textos da Sagrada Escritura.<sup>16</sup> A singularidade do Espírito Santo é precisamente a de estar em comunhão, de ser unidade (na mesma linha, RATZINGER, 1998, p. 324-337). O Espírito Santo é “comunhão inexprimível do Pai e do Filho”, diz Agostinho de Hipona (1990, 5.11.12),<sup>17</sup> porque o Espírito Santo não é só do Pai, nem do Filho, mas de ambos.

O dom é também uma designação fundamental do Espírito Santo.<sup>18</sup> Se a característica do Filho deve nascer (*natus*), a do Espírito Santo deve ser dada (*datus*). O Espírito Santo é um dom do Pai e do Filho. Este ser dado, contudo, não sugere em momento algum uma relação de subordinação entre as pessoas divinas, mas estabelece uma relação de harmonia (*concordia*). Como Agostinho explica, o Espírito Santo “é dado como um dom de Deus, de tal forma que Ele se dá a Si mesmo como Deus” (AUGUSTINE, 1990, 15.19.36). A segunda característica do dom divino é que é gratuito. O Espírito Santo é dado livremente, e “quem se une ao Senhor torna-se um só espírito com ele” (1.ª Carta de São Paulo aos Coríntios 6, 17). Usando as palavras de Yves Congar (2000, p. 88), podemos dizer que “o Espírito é o início do nosso regresso a Deus”, e a espiritualidade é o caminho a seguir.

Se o Espírito de Deus é amor, comunhão e dom, tornar-se espiritual para um cristão significa essencialmente viver em amor, comunhão e dom, ou seja, viver em comunhão amorosa com Deus e com os outros, vendo-nos como um dom de Deus para os outros. Desta forma, o amor de vizinhança deixará de ser um mandamento imposto, por assim dizer, de fora, mas uma consequência da espiritualidade que se torna ativa através da comunhão, do amor e do dom.<sup>19</sup>

Amor, comunhão e doação são também a Eucaristia, como a presença amorosa de Cristo na comunidade dos fiéis: “o mundo que veio das mãos de Deus Criador”, disse João Paulo II, “agora regressa a Ele, redimido por Cristo”.<sup>20</sup> A revelação cristã dos mistérios da Trindade e da Eucaristia transcende toda a explicação humana e não é acessível à razão natural. Requer fê. Contudo, a ideia geral de se tornar espiritual, vivendo em comunhão de amor pelo divino, pela humanidade e pelo universo numa atitude de doação de si mesmo, não é apenas uma ideia cristã, mas uma intuição metarracional que pode ser aceite

<sup>16</sup> Ver Romanos 5, 5 e 1.ª Carta de São João, 4, 7-16. Para uma interpretação dos textos, ver Santo Agostinho (AUGUSTINE, 1990, 15.17.31).

<sup>17</sup> “Assim o Espírito Santo é uma espécie de comunhão ou comunhão inexprimível do Pai e do Filho, e talvez este nome lhe seja dado apenas porque o mesmo nome pode ser aplicado ao Pai e ao Filho. Ele é propriamente chamado o que é chamado em comum, já que tanto o Pai como o Filho são santos e tanto o Pai como o Filho são Espírito” [Tradução nossa].

<sup>18</sup> 1.ª Carta de São Paulo aos Coríntios 12, 13; João 7, 37. O texto central, segundo Santo Agostinho (AUGUSTINE, 1990, 15.19.33 e 15.19.34), é a conversa de Jesus com a mulher samaritana, João 4, 7-14.

<sup>19</sup> Do mesmo modo, Papa Bento XVI, Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, 25 de dezembro de 2005, parágrafo 31.

<sup>20</sup> João Paulo II, Carta Encíclica *Ecclesia de Eucaristia*, 17 de abril de 2003, parágrafo 8.º.

por qualquer ser espiritual sem ter de acreditar no mistério da Trindade ou mesmo na existência de Deus. Neste sentido, a dimensão racional é construída sobre um terreno metanarracional intuitivo e não o contrário.

A comunhão representa um elemento essencial da espiritualidade universal porque supera a aparente oposição entre a multiplicidade e a unidade. Estar em comunhão é comunicar com os outros e fazer parte deles. Em plena comunhão, ninguém está mais sozinho ou separado dos outros.<sup>21</sup> O amor é a força transformadora que leva o ser humano à comunhão com Deus e com os outros através de um ato de doação de si mesmo. O amor a Deus e o amor ao próximo estão interligados, mesmo inseparáveis, porque o amor é, em última análise, divino. Vem de Deus, e une-nos a Deus e faz-nos um só, superando todas as divisões (BENTO XVI. *Deus Caritas Est*, parágrafo 18). Porque o amor é divino, ele é livre. Não existe um interesse individual espúrio por detrás do amor puro, e este não pode servir outros propósitos. O ato autêntico de amor, que é sempre um ato de doação, deve ser um ato livre. O mundo da espiritualidade é o mundo da plena liberdade interior. A liberdade não é apenas uma ideia política e secular. É, acima de tudo, uma realidade espiritual.

## 5 A TRÍADE JURÍDICA: JUSTIÇA, ACORDO E DIREITOS

Enquanto o amor, a comunhão e o dom são os pilares da espiritualidade, a justiça, o acordo e os direitos são os três pilares do Direito. A Justiça é frequentemente identificada com o Direito porque a realização da Justiça é o objetivo principal do Direito e dos sistemas jurídicos. A Justiça é tanto uma aspiração como um aspecto intrínseco de todos os sistemas jurídicos. Como disse Santo Agostinho, uma comunidade política que não é governada segundo a justiça seria apenas um bando de ladrões (AUGUSTINE, [S. n. t.], “Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?”). Para legitimar qualquer ordem jurídica, a lei deve ser justa; deve ser criada e aplicada de acordo com a justiça. Tradicionalmente entendido como dar a cada um o que lhe é devido (ULPIANUS, [S. n. t.], 1.1.10 pr), a ideia fundamental de Justiça é objeto de muita discordância. Depende dos valores aceites por uma comunidade política como fundamentais e da própria experiência histórica da comunidade. É por isso, como John Rawls (2001, p. 31) salientou, “uma sociedade bem ordenada é uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.”. Esta concepção pública de Justiça é um fenómeno em evolução cultural e é a força motriz por detrás de qualquer ordem social em particular.

<sup>21</sup> Na fé cristã, isto ocorre especialmente no sacramento da Eucaristia, no qual os destinatários são assimilados a Cristo e, estando em comunhão com Ele, estão em comunhão uns com os outros. Sobre a ideia de *communio*, ver Bento XVI (2007, p. 69-84).

O Direito nas sociedades democráticas é construído por meio de acordos gerais e particulares. De fato, os sistemas jurídicos e o Direito consistem numa multiplicidade de contratos, pactos, tratados, transações, acordos, protocolos, compromissos e muitos outros acordos tanto nacionais como supranacionais. O próprio sistema jurídico é tido como o produto e o desenvolvimento de um acordo fundamental (constituição) no seio da comunidade política, que estabelece um sistema para fazer cumprir acordos gerais (legislação), fazer cumprir acordos (executivo) e resolver disputas sobre esses acordos (judicial). As doutrinas relevantes, tais como a regra da maioria, o contrato social, o *consenso sobreposto* e muitas outras, servem para integrar e consolidar as comunidades políticas com base na ideia de acordo. Os acordos conduzem à integração social e à ação coordenada por meio do reconhecimento e proteção dos direitos individuais e coletivos. Isto explica por que Hans Kelsen (2009, p. 316) considerou o princípio *pacta sunt servanda* (os acordos devem ser honrados) como o ponto de partida ou a regra básica do direito internacional.

Num contexto de profundo desacordo, que é uma característica de uma sociedade pluralista, é crucial que a lei respeite e reconheça cada pessoa como uma pessoa (SPAEMANN, 2007, p. 188). A expressão básica de respeito e reconhecimento dos outros é respeitar e reconhecer os seus direitos, o terceiro elemento da tríade jurídica. Os direitos são interesses individuais ou coletivos legalmente exigíveis por meio de instituições coercivas.<sup>22</sup> Para proteger os direitos (e a ordem pública), a coerção física se torna um aspecto intrínseco da lei, embora ausente noutras dimensões da realidade. Ao praticarem os seus direitos civis e políticos, os indivíduos se desenvolvem como pessoas humanas, participando no processo de elaboração da lei e colaborando, em última análise, na consolidação da comunidade política. Um sistema legal sem direitos é como um oásis sem água.

## **6 CONECTIVIDADE PROFUNDA ENTRE A TRÍADE LEGAL E A TRÍADE ESPIRITUAL**

O aspecto metadimensional essencial da espiritualidade apoia a ideia de que, embora o Direito seja de fato uma questão de Justiça, acordo e direitos, o Direito é também, pelo menos aspiracional, uma questão de amor, comunhão e rendição.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ver Kelsen (1945, p. 79-80). Kelsen diz que identificar o direito com interesse protegido é incorreto porque se pode ter um direito legal sem o saber, e nesse caso “não pode haver qualquer interesse” (p. 80). Contudo, penso que é possível ter um interesse sem o saber; por exemplo, um bebê tem um interesse em aprender a falar sem o saber.

<sup>23</sup> É abundante a literatura sobre a relação essencial entre o direito e o amor. Ver, entre outros, Berman (1993, p. 313-318); Wolterstorff (2015); Benedict XVI, *Deus caritas est*, parágrafos 26-29; Jackson (2015); e Cochran Júnior (2017).

Para além da Justiça, os seres humanos precisam de amor. E a Justiça não é o oposto do amor. Não há tensão ou conflito real entre a verdadeira Justiça e o verdadeiro amor. De fato, o amor pressupõe Justiça. Não há amor sem Justiça, nem é possível alcançar a plenitude da Justiça sem amor. “O amor que perpetra a injustiça é um amor malformado”, diz Nicholas Wolterstorff (2015, p. xvii). A lei fornece a plataforma necessária para que a Justiça floresça. E a Justiça fornece uma plataforma única para que o amor floresça. Por outro lado, o amor enobrece a Justiça e fortalece os sistemas jurídicos. A Justiça é de fato “a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamento” (RAWLS, 1971, p. 3. Na página 586, refere-se à “primazia da justiça”), mas apenas se for chamada Justiça amorosa. O amor será sempre necessário para não reduzir a pessoa humana a uma “pessoa jurídica” ou mesmo a um “objeto jurídico”. “Aqueles que querem eliminar o amor estão a preparar-se para eliminar a humanidade enquanto tal”, salienta Bento XVI (na mesma linha, Bento XVI, *Deus caritas est*, parágrafo 28). Qualquer sistema legal que ignore o amor está a se preparar para corromper a lei mais genuína.

Muitos sistemas jurídicos aceitam a ideia do perdão como uma expressão de amor compatível com a Justiça. O perdão restabelece a ordem como um todo, absolvendo o ofensor e colocando-o assim numa dimensão espiritualmente superior à justiça (GUARDINI, 1996, p. 351). No domínio do Direito Privado, é o caso, por exemplo, do perdão ou remissão da dívida, o que implica que o credor perdoa uma dívida tratando o devedor como se a dívida nunca tivesse existido como tal.

Os segundos elementos das tríades, comunhão e concordância, estão também relacionados. Alcançar um acordo requer sempre algum grau de comunhão: a reunião ou comunhão de intenções das partes contratantes. As pessoas espiritualmente desenvolvidas podem chegar a acordo mais facilmente do que as partes contratantes não-espirituais. Há pelo menos duas razões para isto. Em primeiro lugar, as pessoas com capacidades espirituais (isto é, que procuram uma união) compreendem mais facilmente o interesse das outras partes do que as partes contratantes não-espirituais. Em segundo lugar, as pessoas com capacidades espirituais são mais capazes do que as não espirituais de renunciar sem esforço ao interesse próprio para proteger um interesse comum. Além disso, os acordos alcançados por pessoas espirituais são mais estáveis e mais profundos do que os acordos alcançados por pessoas não-espirituais com base no interesse próprio. Um casamento enraizado numa união mútua profundamente espiritual entre cônjuges é mais suscetível de perdurar do que um casamento baseado em interesses estritamente egoístas (por exemplo, prazer, companheirismo e entretenimento).

A ligação entre os terceiros elementos das tríades, direito e rendição, pode ser explicada por analogia com a relação entre o amor-próprio e o amor pelos

outros. O interesse próprio e os direitos próprios podem entrar em conflito com os interesses e direitos dos outros. Contudo, o amor – mesmo o amor próprio<sup>24</sup> – nunca entra em conflito com os interesses e direitos do outro, porque o amor é, por definição, não conflituoso. Uma vez que a doação de si mesmo é um ato de amor, a doação de si mesmo não pode entrar em conflito com o amor próprio, o interesse próprio, o interesse próprio e os direitos dos outros, os direitos pessoais e os direitos dos outros. A espiritualidade mostra que os interesses ou direitos protegidos devem ser utilizados não só para o bem próprio, mas também para o bem dos outros, ou seja, de acordo com o bem comum e como uma expressão de solidariedade.

Os direitos são comuns a todos os seres humanos, independentemente dos interesses individualistas. Portanto, os seres humanos são capazes de compreender os interesses como comuns e de praticar os direitos de forma solidária. Conflitos de interesses ou direitos protegidos são inevitáveis em qualquer sociedade, mas são fáceis de ser resolvidos quando os seres humanos vivem numa atitude de autorrendimento, procurando o bem comum; não, o bem estritamente individual. A autorrendição é a expressão última do amor espiritual, e envolve a “rendição do eu” (WOJTYLA, 1981, p. 96-100) sem minar a dignidade pessoal e a liberdade individual. A rendição surge do fato de que o ser humano pode partilhar a natureza e a espiritualidade humanas, e permite ao ser humano experimentar a sua vida tão plenamente unida com a dos outros. Quando se exercem os próprios direitos numa atitude de doação, os direitos são transformados de interesses protegidos executáveis em “serviços protegidos executáveis”,<sup>25</sup> e a sociedade reforça os seus laços de união.

## 7 INTENÇÕES E VALORES COMO CANAIS DE INTERAÇÃO

As duas principais pontes de interação prática entre os domínios espiritual e jurídico são as intenções (individuais ou coletivas) e os valores (intenções culturais). Por detrás de outros canais de interação, tais como costumes, tradições, procedimentos e cerimônias, existem, em última análise, intenções e valores.

<sup>24</sup> Sobre o amor-próprio como base para amar os outros, ver Thomas Aquinas, *Commentary on the Sentences*, lib. 3, dist. 29, q. 1, art. 3, ad 3: “quod amabilia quae sunt ad alterum, venerunt ex amabilibus quae sunt ad seipsum, non ex causa finali, sed sicut ex eo quod est primus in via generationis” (A bondade que se tem para com o outro vem da bondade que se tem para consigo próprio, não como de uma causa final, mas como do que é anterior no processo de geração.).

<sup>25</sup> Sobre a ideia do direito como serviço, D’Ors, (1999, § 62); e Domingo Osle (2018, p. 356).

A intenção espiritual de qualquer ação ou atitude humana é o seu propósito mais profundo e último. A intenção espiritual surge da parte mais profunda do ser humano, o coração (sobre este tópico, ver WELKER, 2014), e afeta e engloba todas as dimensões. É metarracional e, portanto, não mental, embora esteja ligado à mente.<sup>26</sup> A intenção espiritual determina a pureza ou simplicidade do coração, ou seja, a intensidade do amor, o nível de comunhão com os outros e o grau de rendição em qualquer ação humana. Esta intenção espiritual pode estar presente em todas as ações humanas, não apenas nas estritamente espirituais, devido à sua natureza metadimensional.

A intenção espiritual pode ser compartilhada com outras intenções mentais secundárias, objetivos, propósitos ou interesses. Por exemplo, pode-se estar unido a Deus enquanto se ensina, pinta, cozinha ou se conduz um ônibus escolar. Ensinar, pintar, cozinhar e conduzir não são ações estritamente espirituais, mas o elemento espiritual pode inspirar e estar presente em todas estas atividades. Quanto mais purificada for a intenção espiritual, tanto mais harmoniosamente se une a Deus, ao divino e aos outros. A intenção espiritual é uma fonte de liberdade, alegria e paz para o ser humano. A intenção espiritual dá a liberdade de escolher sempre em união com Deus e com os outros, e assim partilhar a liberdade dos outros. Quando isto acontece, a liberdade é alargada, uma vez que já não está limitada pela vontade e circunstâncias próprias. A intenção espiritual concede a alegria de experimentar a comunhão e o amor. Finalmente, também dá paz, ou seja, plena harmonia entre a própria ação, a ação dos outros e os planos divinos.

Os seres humanos podem fazer coisas com mais do que uma intenção racional. Maria pode comprar um carro novo porque precisa de viajar mais vezes, mas também quer emprestá-lo à sua filha de vez em quando e gastar o dinheiro que depositou numa conta poupança num banco implicado em corrupção, do qual já não quer ser cliente. Normalmente, os sistemas jurídicos só estão interessados em algumas intenções específicas, aquelas que têm alguma relevância legal na aplicação das regras: por exemplo, se Petra puxou o gatilho intencionalmente ou não; se Alberto tencionava realmente matar Marcos quando o apunhalou na perna; se Ana tencionava revogar ou simplesmente complementar a sua vontade quando encomendou novas instruções em testamento posterior ao inicial; e assim por diante.<sup>27</sup>

Fundamental para este argumento, contudo, é que a intenção mental ou racional reconhecida pela lei pode ser inspirada, apoiada ou iluminada pela intenção espiritual. Por exemplo, o Direito pode reconhecer a intenção de fazer

<sup>26</sup> Neste sentido, pode dizer-se que o Espírito Santo é o coração de Deus. Ver Guardini (1996, p. 170).

<sup>27</sup> Sobre a intenção, ver a contribuição ainda importante de Anscombe (1957). Para uma visão geral no domínio do direito penal, ver Ashworth; Horder (2013, p. 168-175).

uma doação por pura caridade, ajuda humanitária ou benefício. Para a lei, é importante saber que o doador não impõe alguns requisitos contratuais e que os fundos são concedidos irrevogavelmente para qualificar o ato legal como uma doação privada e não como uma subvenção. Contudo, por trás de uma doação privada desinteressada por uma boa causa, existe generosidade, que é uma expressão de comunhão com os outros, como resultado de uma intenção espiritual purificada. É verdade que um presente privado também pode ser motivado pela vaidade ou autoagravamento. Este fato, porém, não invalida o argumento: a espiritualidade, onde quer que exista, toca o Direito.

Os valores são o segundo canal de interação entre o Direito e a espiritualidade. Os valores são destilações culturais de intenções individuais e coletivas. Toda a ideia de valor envolve a seletividade e a avaliação de “preferências e bens intersubjetivos partilhados”, se me é permitido utilizar a definição de Habermas (1998, p. 255). Tal como as intenções, os valores são teleológicos, e são capazes de conduzir e iluminar o desenvolvimento das comunidades políticas de acordo com o seu destino. Ao contrário das normas e regras, os valores permitem um código de maior ou menor intensidade. Funcionam gradualmente e não de acordo com a dinâmica do dualismo e da validade binária (HABERMAS, 1998, p. 255).

Os valores permitem que os seres humanos façam julgamentos em diferentes dimensões.

Os valores políticos ajudam os seres humanos a tomar decisões políticas: valores morais, decisões morais; e valores legais, decisões legais. No entanto, os valores políticos, morais e legais dependem uns dos outros e apoiam-se mutuamente de uma forma coerente. Esta chamada unidade de valor é uma ideia filosófica estabelecida,<sup>28</sup> e é apenas uma consequência do fato de que a realidade é uma só, e todas as dimensões estão, em última análise, relacionadas.

A unidade de valor se manifesta mais fortemente no domínio espiritual holístico do que em qualquer dimensão holônica, porque a comunhão é mais profunda na metadimensão espiritual do que em qualquer dimensão fragmentada da realidade. É por isso que não há conflito de valores na metadimensão espiritual, como acontece muito frequentemente nas dimensões política e jurídica. Justiça, amor, paz, sabedoria, liberdade, alegria, misericórdia não entram em conflito na espiritualidade como, por exemplo, pluralismo, solidariedade, compaixão, inclusão, diversidade, confiança, tolerância, responsabilidade, justiça, liberdade, igualdade e participação, entre outros valores, contraste e choque na dimensão jurídica.

---

<sup>28</sup> Para o desenvolvimento desta ideia, ver Dworkin (2011). No seu livro, Dworkin ilustra a unidade entre os valores éticos e morais (incluindo legais), mas é possível estender a ideia também aos valores espirituais. Ver também Raz (2003) e Raz (2016, p. 3-22).



A espiritualidade interage com a lei através de valores, direta ou indiretamente. Pode funcionar diretamente porque os valores espirituais (por exemplo, amor e comunhão) podem agir abertamente em todas as dimensões da realidade, devido ao caráter holístico do espiritual. Pode funcionar indiretamente através da espiritualização de valores específicos de outras dimensões. O pluralismo, por exemplo, não é um valor espiritual em si mesmo, porque requer o funcionamento de uma comunidade política.

No entanto, o pluralismo pode ser espiritualizado quando é iluminado pelo amor e pela comunhão, e quando é utilizado para desenvolver a unidade na sociedade e não a fragmentação. É o caso de outros valores políticos e legais, tais como a tolerância e a diversidade. Os valores espirituais (mais uma vez, por exemplo, amor e comunhão) são hierarquicamente superiores a outros valores, não porque sejam “inequivocamente prescritos pelos dogmas eclesiásticos”, para citar Max Weber (2011, p. 19), mas porque proporcionam unidade a todos os valores, iluminando-os nas diferentes dimensões da realidade. Neste sentido, a unidade prevalece sobre o bem e o Direito, e atua como um elo entre a moralidade e a lei.

## **8 A EVOLUÇÃO DO DIREITO POR MEIO DA ESPIRITUALIZAÇÃO: ALGUNS EXEMPLOS HISTÓRICOS**

A maioria dos desenvolvimentos jurídicos envolve algum grau de espiritualização do Direito. Os sistemas jurídicos evoluem com o apoio da espiritualização de muitas formas diferentes, tais como (a) promover a desmaterialização do sistema jurídico; (b) encorajar a limitação da dominação; (c) inspirar a redução da coerção; (d) encorajar a primazia da comunhão humana e do amor; (e) trazer uma interação mais forte entre os seres humanos, outros animais e o ambiente; e (f) aumentar o respeito pela lei e pelos sistemas jurídicos.

### **8.a Desmaterialização do Sistema Legal**

Os sistemas jurídicos desmaterializam-se na medida em que os elementos não materiais prevalecem sobre os materiais. A desmaterialização ocorre, por exemplo, quando a intenção prevalece sobre a interpretação literal, quando os sistemas jurídicos reduzem o formalismo desnecessário, e quando encorajam

a agência e a representação, bem como a criação de entidades e instituições jurídicas. Quanto menos tangível for a ordem jurídica, mais espiritual ela é.

Vou agora me referir a alguns exemplos da história. Em 93 a.C., Quintus Mucius Scevola enfrentou o seu antigo colega Lucius Licinius Crassus no famoso caso Curiana.<sup>29</sup> Este foi um julgamento perante o Tribunal centumviral sobre a validade de um testamento elaborado por um certo Coponius. Scevola defendeu a interpretação literal rigorosa da redação da vontade contra a opinião de Crassus, que insistiu que a vontade deve ser interpretada de acordo com a intenção do testador com base no uso ordinário da língua e da equidade. Crassus convenceu o Tribunal a favor do seu cliente Manio Curio. Esta prevalência da intenção sobre a interpretação literal estendeu-se ao campo dos contratos. Por exemplo, o Papinianus afirma que, “foi decidido que nos acordos entre as partes contratantes a intenção, e não as palavras textuais, deveria ser tida em conta”.<sup>30</sup> O jurista medieval Azon de Bolonha, entre outros, generalizou a regra na sua famosa *Brocardica aurea*,<sup>31</sup> e muitos sistemas legais utilizam agora esta regra.<sup>32</sup>

Um bom exemplo da redução do formalismo desnecessário é o estabelecimento de contratos consensuais no século I a.C. Os contratos consensuais foram celebrados através de consentimento sem formulários. Não foi necessária qualquer transferência de propriedade ou ato simbólico. Por conseguinte, estes contratos poderiam ser celebrados entre as partes à distância (*inter absentes*), ou seja, por carta ou mensageiro,<sup>33</sup> em oposição às obrigações verbais, por exemplo. Os contratos consensuais foram de grande importância comercial e econômica e constituíram uma das realizações mais significativas da jurisprudência na República Romana. Outro exemplo da redução do formalismo vem do Código Civil francês, artigos 1.138 e 1.153 nos quais se aceita, sob certas circunstâncias e condições, a transferência de propriedade baseada unicamente no consentimento mútuo das partes sem necessidade de entrega (*traditio*). Os exemplos abundam.

Na Idade Média, os civilistas e canonistas aplicavam por analogia a ideia de pessoa a empresas (*persona ficta et repraesentata*) a fim de alargar a capacidade jurídica de entidades, universidades, empresas e instituições em geral (ver PANIZO ORALLO, 1975; BIROCHI, 1996, p. 407-420; CUSHING, 2021, p. 70-

<sup>29</sup> Cícero, *De oratore* 1.180-181. Ver também Dominic (2018, p. 65).

<sup>30</sup> Papinianus, *Digest of Justinianus* 50.16.219: “in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.”

<sup>31</sup> Azon de Bolonha, *Brocardica aurea D. Azonis Bononiensis antiquorum iuris consultorum facile principis. In quibus omnes fere iuris antinomiae conciliantur, atque concordantes leges suis locis collocantur* (Nápoles, 1568; repr. Turim: Ex officina Erasmiana, 1967), rubrica 39 fol. 100. Sobre este tema, ver DOMINGO OSLE, Rafael et al. (2006).

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, art. 1.156 do Código Civil francês, art. 1.362 do Código Civil italiano, art. 914 do Código Civil austriaco, art. 133 do Código Civil alemão e art. 1.281 § 2.º do Código Civil espanhol.

<sup>33</sup> Gaius, *Instituições* 3.136.

81). Séculos mais tarde, Thomas Hobbes explicou o princípio da representação apelando à unidade (ou seja, num sentido à espiritualidade): “uma multidão de homens torna-se uma pessoa, quando são representados por um homem ou uma pessoa; de modo a que isso seja feito com o consentimento de todos aqueles dessa multidão em particular.” (HOBBS, 1998, parte. 1, cap. 16, seg. 13, p. 109).

Nos nossos dias, o desenvolvimento da chamada propriedade intelectual, que protege a criação de uma grande variedade de propriedade intelectual, é um novo exemplo da espiritualização do Direito. É precisamente a natureza intangível e indivisível do direito de propriedade intelectual – abrangendo direitos de autor, patentes, marcas registadas, direitos de publicidade, segredos comerciais e direitos morais – que entra em conflito com a concepção tradicional do direito de propriedade, que se baseia no conceito de terra e coisas tangíveis.

O paradigma da desmaterialização legal é a Constituição britânica. Ao contrário da maioria dos Estados democráticos modernos, a Grã-Bretanha tem uma Constituição apenas em abstrato, num sentido espiritual, poderíamos dizer, não formalmente escrita, compreendendo uma série de leis e princípios historicamente importantes, incluindo a famosa Bill of Rights (1689), convenções parlamentares, lei estatutária, obras de autoridade, costumes e *commom law* (*direito comum*). A soberania parlamentar é a base desta Constituição única não codificada (ver DICEY, 1982).

## **8.b Incentivar a Limitação da Dominação**

Quanto maior for o domínio permitido ou exercido por um sistema legal, menor será o grau de espiritualização legal. A dominação é o oposto da comunhão livre e, portanto, da espiritualidade. A dominação baseia-se na desigualdade, força e subordinação. A comunhão, por outro lado, é baseada na unidade, no amor e na liberdade. Se os sistemas jurídicos são estabelecidos, principalmente e sobretudo, para restringir o domínio privado e público, os sistemas jurídicos evoluem quando passam gradualmente do domínio privado ou público para a comunhão.

O direito romano, por exemplo, desenvolveu altos graus de dominação privada. O poder parental doméstico (*patria potestas*), que originalmente incluía o poder de matar membros da família, era brutal, tal como o poder dos senhores sobre os escravos (*dominica potestas*) e, a um nível inferior, o poder conjugal

(*manus*).<sup>34</sup> A história do Direito de Família, romano e ocidental, é a história da restrição, e mesmo da dissolução, destes poderes dominantes, cruéis e rudes.

No campo do Direito Constitucional, um paradigma de libertação do domínio público e um elevado grau de espiritualização foi a Declaração de Independência das treze colônias americanas (1776), especialmente o seu famoso segundo parágrafo: “Consideramos estas verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. A Declaração contrasta fortemente com a situação horrenda da escravatura nas Treze Colônias e o fato de o próprio redator da Declaração, Thomas Jefferson, ser proprietário de um grande número de escravos (ver FINKELMAN, 2014). Estes fatos, contudo, não diminuem o valor espiritual da Declaração. Mostram, contudo, que o processo de espiritualização do direito não é homogêneo.

Na lei das nações, o conceito de guerra justa é um bom exemplo de restrição do domínio. Agostinho de Hipona desenvolveu a teoria da guerra justa para limitar a declaração e o uso da guerra como instrumento de dominação. Tomás de Aquino, na Idade Média, completou a doutrina. E Hugo Grotius, no seu *The Law of War and Peace* (1625), articulou uma teoria sistemática de guerra justa baseada na racionalidade e desenvolveu um quadro jurídico para determinar a justiça da guerra. No século XX, a codificação das Convenções de Genebra de 1949 limitou fortemente o domínio e o sofrimento causados na guerra (*ius in bello*), abordando o tratamento de combatentes doentes e feridos, prisioneiros de guerra, e a proteção de civis e não combatentes em tempos de conflito militar (para uma história do Direito Internacional, ver FASSBENDER; PETERS, 2014; e RASILLA, 2021).

### **8.c Inspirar a Redução da Coerção**

A lei não se limita à coerção. O direito muitas vezes facilita, apoia, exemplifica, encoraja e ensina sem coerção. Mas a lei, como ordem jurídica, exige coerção. A coerção é uma condição necessária para a existência da ordem jurídica. No entanto, como a coerção restringe a liberdade, a espiritualidade inspira a redução da coerção ao mínimo necessário. Os exemplos também abundam na história. Por exemplo, uma conquista importante da espiritualização foi a eliminação da tortura dos sistemas legais, incluindo a lei canônica. A tortura judicial desapareceu em Inglaterra por volta de 1640. Foi abolida na Alemanha

<sup>34</sup> Ver Domingo, *Direito Romano*, 130.

em 1776, mas não na França até 1789. O famoso livro do Marquês de Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), foi fundamental para a abolição da tortura em toda a Europa. Após os ataques terroristas de 11 de Setembro, parte do público americano defendeu a moralidade e a legalidade da tortura de terroristas nos interrogatórios. Alguns estudiosos negaram esta possibilidade com argumentos sólidos (sobre este tópico, ver WALDRON, 2010). No entanto, para partilhar os argumentos contra a tortura, uma comunidade política deveria ter atingido um certo nível de espiritualização. Caso contrário, a eliminação da tortura parece ser considerada não realista e utópica, o que, infelizmente, ainda é o caso no nosso tempo em muitas partes do mundo.

A abolição da pena de morte é também um bom exemplo de desenvolvimento espiritual. Durante séculos, as autoridades civis e religiosas de todo o mundo aceitaram a pena de morte, após um julgamento justo, como um meio extremo de proteger o bem comum. Países importantes como os Estados Unidos, China, Índia, Japão e a maioria dos Estados islâmicos retêm a pena capital, mesmo por razões morais. No entanto, devido a um processo de espiritualização cultural, milhões de pessoas consideram agora a pena de morte uma violação do direito à vida e uma oposição à dignidade e à comunhão dos seres humanos. Na União Europeia, por exemplo, o artigo 2.º da Carta dos Direitos Fundamentais proíbe o recurso à pena capital. Recentemente, o Papa Francisco rejeitou a pena de morte em todas as circunstâncias e aprovou uma nova redação do artigo 2.267 do Catecismo da Igreja Católica, que afirma: “a pena de morte é inadmissível porque ofende a inviolabilidade e a dignidade da pessoa”.<sup>35</sup> Este é um exemplo claro de como o desenvolvimento espiritual purifica as doutrinas e o raciocínio moral.

A abolição de qualquer tipo de coerção para praticar ou não praticar religião é outra conquista espiritual da cultura ocidental. Uma vez que as comunidades políticas ocidentais se baseavam nos pressupostos de que a hereesia era um crime e que a partilha da religião era um elemento importante da estabilidade da comunidade política, a liberdade religiosa não surgiu até a Era moderna. A Reforma Protestante defendeu-a após décadas de guerras religiosas sangrentas e amargas (ver WITTE JÚNIOR, 2007). Hoje, no entanto, embora a perseguição religiosa continue a causar estragos, a liberdade religiosa é universalmente aceita como um dos direitos humanos básicos e reconhecida como tal pelos tratados e instrumentos internacionais e constituições nacionais (Para uma visão geral, ver SCOLNICOV, 2011; e LINDKVIST, 2017).

Finalmente, podemos mencionar os movimentos de resistência e reconciliação não violentos do século XX como um fundamento espiritual. O papel desempenhado por Gandhi na Índia, Martin Luther King, Jr., nos Estados Unidos,

<sup>35</sup> A declaração e os motivos estão disponíveis em: <<https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2018/08/02/180802a.html>>.

e Nelson Mandela, na África do Sul, mostra-nos de forma prática a profunda relação entre espiritualidade e direito na prossecução de objetivos sociais como a paz e a justiça, e como o uso da força física nem sempre é a melhor forma de resolver conflitos sociais ou políticos.

#### **8.d Estimular a Primazia da Comunhão e do Amor**

A espiritualidade estimula a comunhão entre os povos, para além da pluralidade contingente de instituições, grupos, conflitos e direitos. O nascimento da União Europeia é um bom exemplo deste tipo de estímulo espiritual. Os primeiros passos cruciais no longo processo de integração europeia após a Segunda Guerra Mundial foram possíveis, pelo menos num grau notável, pela estatura espiritual dos chamados pais fundadores europeus: Konrad Adenauer, Robert Schuman, Jean Monnet, Alcide De Gasperi e Joseph Bech, entre outros (ver capítulo sobre Robert Schuman). Foram capazes de construir uma nova Europa a partir do sangue e das cinzas dos campos de batalha, com base nos valores da reconciliação e da comunhão e da superação de todas as formas de dominação, vingança e retaliação (ver DINAN, 2014).

Outro exemplo da primazia da comunhão das nações e, portanto, da espiritualização cultural é, em escala global, a criação e desenvolvimento das Nações Unidas como organização intergovernamental para manter a paz e segurança internacionais, desenvolver relações amigáveis entre nações e alcançar a cooperação internacional. Embora as suas iniciativas sejam frequentemente frustradas, a contribuição da ONU para a cooperação humana tem sido notável (WEISS; DAWS, 2009).

#### **8.e. Para Provocar uma Maior Interação entre os Seres Humanos, os Animais e o Ambiente**

A humanidade é apenas uma parte de um universo em evolução sem limites. A espiritualidade inspira, portanto, a comunhão não só com outros seres humanos, mas também com todos os seres vivos e o ambiente. Os animais são importantes para a espiritualidade, e os animais são agora mais do que nunca importantes para a lei.

Recentemente, surgiu um novo campo jurídico para proteger os animais contra a crueldade e o sofrimento e para desenvolver uma interação comunicativa entre seres humanos e animais. A lei animal é um conjunto de leis, regulamentos e acordos que regem a interação humana com animais domésticos (na agricultura, investigação e entretenimento) e a vida selvagem (para uma visão geral, ver KELCH, 2011); e HESSLER et al., 2017). A espiritualidade ajuda os humanos a ultrapassar a abordagem hierárquica tradicional aos animais e a vê-los como seres com sentimentos, emoções e valor, e não apenas como propriedade para a exploração humana.

A proteção ambiental também desempenha um papel importante na relação entre o Direito e a espiritualidade (ver BENTO XVI, 2014). A chamada Carta da Terra (2000),<sup>36</sup> como declaração da sociedade civil endossada por centenas de instituições internacionais, fornece um quadro válido para a construção de um mundo justo, sustentável e pacífico no século XXI. Inspirada em valores espirituais, a carta reconhece as profundas interligações entre a proteção dos ecossistemas, a erradicação da pobreza humana, a justiça social e a paz mundial (ROCKEFELLER, 2001, p. 101-121; e a entrada “Earth Charter” in Bron Taylor, Ed.).

No Direito Comercial, o novo desenvolvimento da chamada responsabilidade social das empresas mostra como os consumidores consideram não só a qualidade dos serviços e bens quando escolhem uma determinada marca, mas também o impacto social e ambiental das suas operações e as suas implicações para as questões sociais. “As pessoas e o planeta” são importantes para os clientes, mesmo quando se trata de coisas pequenas. Esta abordagem interligada é espiritual no seu âmago.

## **8.f Aumento do Respeito pela Lei e Pelos Sistemas Jurídicos**

A espiritualidade ajuda a desenvolver o respeito pela lei e pelos sistemas legais como instrumentos necessários para o desenvolvimento dos seres humanos. O respeito é o ponto de partida para uma verdadeira comunhão. Sem respeito, a união resultante será dominante mas não comunicativa ou espiritual. Quando os seres humanos veem a ordem jurídica e a dimensão jurídica como parte de um instrumento para uma unidade espiritual superior, é mais fácil para eles respeitar as ordens jurídicas do que quando veem a dimensão jurídica como um mero produto de convenções e acordos humanos temporários. Quanto mais profunda for a razão do respeito, mais fácil é para as pessoas oferecerem o seu respeito.

<sup>36</sup> Ver o documento disponível em: <<http://earthcharter.org/discover/the-earth-charter>>.

## 9 ALGUNS NOVOS DESAFIOS: NOVAS TECNOLOGIAS E GLOBALIZAÇÃO

As mudanças revolucionárias nas tecnologias da comunicação e a globalização juntaram os seres humanos de formas inimagináveis nas últimas décadas. As novas tecnologias e a globalização aumentaram substancialmente a capacidade de interação humana, reduzindo a relevância do espaço geográfico e da distância, transcendendo as fronteiras nacionais e acabando por unir a humanidade como uma grande comunidade (sobre este tópico, ver BALDWIN, 2016; e KING, 2017). Informação, serviços, bens, capital, trabalho e investigação fluem facilmente entre nações. As novas tecnologias estão a desmaterializar, a descentralizar e a democratizar o mundo para além das comunidades políticas, e a globalização permite um quadro de ação mais amplo baseado na interdependência. No entanto, existe um lado obscuro. As novas tecnologias e a globalização podem funcionar não só como um fator unificador, mas também como uma força fragmentadora, exacerbando as disparidades globais, dividindo cada vez mais a distribuição da riqueza e gerando grandes conflitos entre sociedades políticas, espaços globais e culturas.

Agora, como nunca antes, forças econômicas e poderes políticos globais podem dominar as comunidades nacionais e locais e os seres humanos e instituições subordinadas. O risco é real, como justamente proclamam os movimentos antiglobalização. As novas tecnologias e a globalização podem ser utilizadas tanto como instrumentos de comunhão como de dominação. Muito depende das intenções espirituais individuais e coletivas dos atores globais e dos valores da comunidade internacional. A globalização econômica, por exemplo, criou novos empregos em muitos países, trouxe novos produtos aos consumidores de outras regiões e acelerou o comércio mundial, mas também serviu para a exploração laboral, incluindo o trabalho infantil, o tráfico humano e um mercado bárbaro para os órgãos corporais de pessoas pobres em transplantes médicos.

Devido ao risco de domínio inerente às novas tecnologias e à globalização, a humanidade deve passar para o nível mais elevado de espiritualização. Este nível de espiritualização implica uma compreensão mais profunda de outras culturas e povos, a fim de viver em harmonia com eles e uma firme determinação de viver em solidariedade com os outros, evitando danos a qualquer ser humano, protegendo seres vivos não humanos e cuidando do ambiente.



## 10 NÍVEIS DE ESPIRITUALIDADE JURÍDICA

A explicação da ligação entre o direito e a espiritualidade de uma perspectiva teórica é insuficiente. O uso do método científico é necessário para verificar esta ligação, bem como a evolução do Direito através da espiritualização. Embora este trabalho não seja propriamente científico mas explicativo, forneço abaixo um roteiro para uma possível investigação científica, através do seguinte quadro.

<b>Nível 5</b> Espiritualidade	Sem sistema legal	Nenhum interesse pessoal	Comunidade de amor (não lei)	Sem conflito	Sem direitos	Unidade (sem igualdade)	Sem coerção	Não há dinheiro
<b>Nível 4</b> Lei de solidariedade	Altamente um sistema jurídico desenvolvido e conectado	Predominância do interesse comum e da solidariedade	Lei global para a comunidade humana	A guerra já não é um instrumento legal. A arbitragem é reforçada	Direitos como serviços executórios	Inclusão e pleno respeito pelas minorias; muito baixo nível de criminalidade	Utilização de armas selecionadas pela polícia e militares	Dinheiro digital e sistemas monetários descentralizados
<b>Nível 3</b> Direito à igualdade	Um sistema jurídico coerente e independente	Equilíbrio entre o interesse próprio e o interesse comum	Direito internacional baseado na igualdade entre os estados-nação	Direito humanitário e guerra justa permitida por uma entidade independente	Desenvolvimento dos direitos civis, políticos e coletivos individuais	Igualdade perante a lei; voto e democracia; acordo	Restrições tanto à produção como à utilização de armas	Sistema monetário com base num padrão
<b>Nível 2</b> Lei egoísta	Estado de Direito	Prevalência do interesse próprio sobre o interesse comum; desenvolvimento do Direito Privado	Lei das nações baseada na subordinação	Guerra justa	Direitos individuais	Uma sociedade baseada no privilégio; restringindo a capacidade de voto.	Restrições ao uso geral de armas	O dinheiro utilizado pelo seu valor intrínseco
<b>Nível 1</b> Barbarismo	Sem ordem legal	Dominação e subordinação total	Uso da força com outras comunidades	Guerra	Sem direitos	Não há igualdade	Uso livre de armas	Sem dinheiro: permuta

Seguindo os passos dos teóricos da evolução dos séculos XIX e XX (ver, por exemplo, MORGAN, 1878; e WILBER, 2000), neste gráfico prevejo que todas as comunidades políticas evoluem ao longo de um processo que vai das sociedades bárbaras às comunidades espirituais. A evolução espiritual é um processo de compreensão espiritual ou nível de consciência e está orientada para o amor e a comunhão, que são a expressão máxima do desenvolvimento humano e da felicidade.

No gráfico, estabeleci cinco níveis. O primeiro nível é pré-jurídico. Reflete o estado de povos incivilizados com base no domínio indiscriminado pela força.

Não há reconhecimento de direitos individuais ou igualdade entre as pessoas. Não há dinheiro; apenas permuta. O nível cinco, no topo, é pós-jurídico. Reflete o estado de plena comunhão de amor, e não é alcançável no mundo material. A este nível, não há ego, não há interesse próprio, não há conflito, não há direitos, não há coerção. É o reino do amor, da comunhão, da paz e da bem-aventurança. O **eu** e o **nós** estão mais próximos, uma vez que todas as intenções são partilhadas. As ordens legais não são necessárias. A estrutura mais consentânea com o nível cinco seria uma família unida, amorosa ou comunidade espiritual, composta por membros do mais alto nível de espiritualidade (por exemplo, Madre Teresa, João Paulo II e Maximiliano Kolbe).

Os níveis um e cinco coincidem porque não têm sistema legal, não têm direitos e não têm dinheiro. O nível um não tem igualdade devido à subordinação obrigatória; o nível cinco, porém, devido à desejada união plena. O nível um não satisfaz os requisitos básicos da sociedade para estabelecer uma ordem, que continua a ser apenas uma aspiração. O nível cinco, porém, transcende a ideia de um sistema jurídico, o que seria supérfluo. O nível um tem um sistema de permuta em vez de dinheiro, devido à falta de desenvolvimento econômico. O nível cinco, por outro lado, não tem dinheiro porque tudo é acessível por definição numa comunidade espiritual.

Os níveis dois (lei egoísta), três (lei igual) e quatro (lei de solidariedade) exigem sistemas jurídicos. A ordem jurídica de nível dois ainda não está unificada e coerente. No entanto, contém as ideias básicas do Estado de direito, jurisdição e julgamento, alguns direitos individuais e instituições públicas. Não há separação de poderes e não há carta de direitos. A comunidade política está firmemente estruturada em classes sociais baseadas no prestígio, poder e riqueza. As relações com outros povos são ordenadas por uma lei emergente das nações baseada na guerra justa e na subordinação política e militar dos grupos mais fracos. As moedas são garantidas pelo seu valor intrínseco, ou seja, pelo valor comercial do metal (por exemplo, ouro ou prata) utilizado na sua produção. A lei romana antiga seria um excelente exemplo de nível dois.

O nível três requer um sistema jurídico coerente e unificado e um sistema judicial totalmente independente. Democracia, participação e igualdade são socialmente aceitas. O governo protege os direitos individuais, políticos e sociais. O Direito Internacional, a lei de uma comunidade de Estados-nação iguais e soberanos, está integrado no sistema jurídico nacional ou, pelo menos, reconhecido como executável por meio de acordos internacionais. No terceiro nível, o grau de solidariedade alcançado permite a criação de instituições supranacionais, transnacionais e internacionais. O Direito Humanitário foi desenvolvido, mas a guerra ainda existe. O sistema monetário está imerso num processo de desmaterialização. Há uma mudança das normas de troca

de ouro para um sistema financeiro internacional baseado em dinheiro puro, regulamentado por sistemas de bancos centrais. A maioria dos países democráticos de hoje se encontra neste nível de desenvolvimento. Sistemas legais como os do Afeganistão, Cuba, Iémen e Venezuela se situam entre os níveis dois e três, partilhando aspectos de ambos.

O nível quatro (lei de solidariedade) é alcançado após o desenvolvimento de um sistema jurídico altamente sofisticado e interligado baseado na solidariedade humana e no pleno reconhecimento da dignidade humana. Os interesses comuns (incluindo globais) prevalecem sobre os interesses particulares de indivíduos ou Estados, tornando possível o estabelecimento de uma comunidade humana global sujeita à lei. Todos os conflitos (incluindo os internacionais) são resolvidos com utilização das técnicas de arbitragem, mediação ou sistemas judiciais, nunca pelo método de uma declaração formal de guerra. Os níveis de corrupção econômica e política são muito baixos, tal como a ameaça de crime. Os direitos individuais são concebidos como direitos exigíveis. As minorias estão bem protegidas. As comunidades são altamente descentralizadas, tal como o sistema monetário, que já não se encontra sob o controle dos bancos centrais. Todos os bens são desmaterializados.

No nível quatro, o uso de armas só é permitido para evitar conflitos com países com níveis inferiores de compreensão espiritual. O nível quatro requer um alto grau de desenvolvimento espiritual na sociedade que apenas uma pequena percentagem da humanidade alcançou. Alguns países estão avançando para este nível a um ritmo mais rápido do que outros, mas nenhum país no mundo vive agora à altura de todos os padrões do nível quatro. Continua a ser uma aspiração.

Estes cinco níveis de espiritualização, com as adaptações necessárias, podem ser aplicados não só às ordens jurídicas, mas também aos atores legais, e às instituições jurídicas. O padrão é semelhante: a evolução do domínio coercivo para a livre comunhão como expressão de espiritualização. Quando a intenção do ator legal (por exemplo, um advogado ou um juiz) é egoísta ou dominadora, o ator legal está no nível dois. Um ator legal que tenta equilibrar interesses individuais com interesses comuns encontra-se no nível três. Contudo, se a intenção profunda do ator legal é apenas servir a sociedade, e o interesse comum prevalecer sobre o seu próprio interesse próprio, este ator legal estaria no nível quatro.

Os atores legais no nível quatro são sempre líderes sociais, uma vez que as pessoas reconhecem o seu elevado grau de comunhão com os outros. A nível institucional, é diferente: um Parlamento em que os políticos só procuram consenso para servir bem a sociedade (nível quatro), um Parlamento em que os

políticos equilibram o bem comum com o interesse partidário (nível três), e um Parlamento em que cada político procura o seu interesse particular sem ter em conta qualquer interesse coletivo (nível três baixo).

O Parlamento não pode ser estabelecido no nível dois devido a uma falta de comunhão e compreensão elementares.

## 11 CONCLUSÕES

O estabelecimento de uma ordem jurídica justa e equitativa para uma comunidade política a nível local, nacional ou supranacional é a realização última da lei. Usando coerção, entre outros instrumentos, as ordens jurídicas asseguram a coesão interna necessária para o desenvolvimento adequado das comunidades políticas. A espiritualidade, contudo, não pode ser deixada de fora desta tarefa. A espiritualidade afeta o direito através da sua metadimensionalidade holística, que dá unidade aos valores morais, políticos e legais. Embora funcionalmente autônomos, os sistemas jurídicos não são independentes do elemento espiritual. Como tenho demonstrado, a tríade espiritual do *amor, comunhão e dom* está profundamente interligada com a tríade jurídica da *justiça, do acordo e da lei*. As intenções individuais e coletivas e os valores culturais funcionam como uma ponte entre a legalidade e a espiritualidade. Os sistemas jurídicos evoluem pelas mãos da espiritualização, entre outras formas, promovendo a desmaterialização do sistema jurídico, encorajando a limitação do domínio, inspirando a redução da coerção, estimulando a comunhão e o consenso na sociedade, e aumentando o respeito pela lei e pelo Direito.

As implicações legais das interações entre Direito e espiritualidade devem ser exploradas em profundidade pelos juristas do século XXI. Esta exploração servirá como veículo para libertar a lei e os sistemas jurídicos das garras do positivismo e do redutivismo legal. Podemos prever o fim da era do racionalismo.

## REFERÊNCIAS

ANSCOMBE, G. E. M. [Elizabeth Anscombe]. **Intention**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1957.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. **Principles of criminal law**. 7<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

AUGUSTINE, Saint. De civitate Dei 4.4. Liber IV. [S. n. t.]. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/augustine/civ4.shtml>>.

AUGUSTINE, Saint. **De trinitate**. 2. ed. Hyde Park, NY: New City, 1990.

BALBONI, Michael J.; BALBONI, Tracy A. **Hostility to hospitality: spirituality and professional Socialization within medicine**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BALDWIN, Richard. **The great convergence: information technology and the new globalization**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

BENTO XVI. Eucharist, communion, and solidarity. **The essential Pope Benedict XVI**. Nova Iorque: Harper Collins, 2007. (THORNTON, John F.; VARENNE, Susan B., Ed.).

BENTO XVI. **The garden of God: toward a human ecology**. Washington, DC: The Catholic University of America Press, 2014. (Maria Milvia Morciano, Ed.).

BERMAN, Harold J. **Faith and order: the reconciliation of law and religion**. Grand Rapids, MI: Eerdmans, 1993.

BERMAN, Harold J. **Law and language: effective symbols of community**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution I: the formation of the western legal tradition**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.

BIROCHI, Italo. Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno. In: **Digesto: sezione civile**. v. 13. Turim: UTET, 1996.

BLOMQUIST, Robert F. Law and spirituality: some first thoughts of an emerging relationship. In: **UMKC Law Review**, v. 71, p. 583-622, 2003.

BONAVENTURE, Saint. The journey of the mind to God. In: BONAVENTURE, Saint. **The works of Bonaventure: journey of the mind to God; the triple way, or, love enkindled; the tree of life; the mystical vine; on the perfection of life, addressed to sisters**. Tradução de José de Vinck. Mansfield Centre, CT: Martino, 2016.

BOUCKAERT, Luk; ZSOLNAI, Laszlo (ed.). **The palgrave handbook of spirituality and business**. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.

BRAGUE, Rémi. **The law od God: the philosophical history of an idea**. Tradução de Lydia G. Cochrane. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

CELSUS, Juventius; ULPIANUS. Justinian's digest: 1.1.1 pr. Liber primus. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>>.

CERAMI, Pietro. La concezione celsina del ius. In: **Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo**, v. 38, p. 5-249, 1985.

COCHRAN JÚNIOR, Robert F. (Ed.). **Agape, justice, and law: how might christian love shape law?** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

COBB, Mark; PUCHALSKI, Christina M.; RUMBOLD, Bruce. **Oxford textbook of spirituality in healthcare**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CONGAR, Yves. **Eu acredito no Espírito Santo**. Tradução de David Smith. Nova Iorque: Crossroad, 1997. Reimpressão 2000.

CUSA, Nicholas of. On learned ignorance. In: CUSA, Nicholas of. **Selected spiritual writings**. Tradução de H. Lawrence Bond. Mahwah, NJ: Paulist, 1997.

CUSHING, Kathleen G. Sinibaldo Fieschi (Papa Inocência IV) (1180/90-1254). In: **Law and the christian tradition in Italy: the legacy of the great jurists**. CONDORELLI, Orazio; DOMINGO OSLE, Rafael (Ed.). Londres: Routledge, 2021.

DÉAK, Dániel. Spirituality and law, In: ZSOLNAI, Laszlo; FLANAGAN, Bernardette. **The routledge international handbook of spirituality in society and the professions**. Londres: Routledge, 2019. p. 280-288.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. 8. ed. Indianapolis, IN: Liberty Classics, 1982.

DINAN, Desmond. **Origins and evolution of the European Union**. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

DOMINGO-OSLE, Marta; DOMINGO OSLE, Rafael. Nursing and spirituality: a discussion paper on intertwining metaparadigm. In: **Journal of Nursing Management**, v. 28, n.º 6, p. 1.268-1.274, 2020.

DOMINGO OSLE, Rafael. Álvaro d'Ors. In: DOMINGO OSLE, Rafael; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (Ed.). **Great christian jurists in spanish history**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 343-359.

DOMINGO OSLE, Rafael. **Ex Roma ius**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2005.

DOMINGO OSLE, Rafael. **God and the secular legal system**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

DOMINGO OSLE, Rafael et al. (Ed.). **Principios de derecho global**: 1000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2006.

DOMINGO OSLE, Rafael; FRAILE DÍAZ, Gonzalo Rodríguez. **Espiritualizarse**. Miami: Amazonas, 2021.

DOMINGO OSLE, Rafael; RODRÍGUEZ-FRAILE, Gonzalo. **Spiritualizing humanity**. Miami: [S. n.], 2021.

DOMINIC, Raphael. **Roman law**: an introduction. Londres: Routledge, 2018.

D'ORS, Álvaro. **Nueva introducción al estudio del derecho**. Madrid: Civitas, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Ed.). **The Oxford Handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FINKELMAN, Paul. **Slavery and the founders**: race and liberty in the age of Jefferson. 3. ed. Londres: Routledge, 2014.

GENSLER, Harry J. **Ethics and religion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

GLENN, H. Patrick. A concept of legal tradition. In: **Queen's Law Journal**, n. 34, 2008.

GORIS, Wouter; AERTSEN, Jan. Medieval theories of transcendentals. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/transcendentals-medieval>>.

GREENE, Brian. **The fabric of the cosmos**: space, time, and the texture of reality. 2. ed. Nova Iorque: Norton, 2011.

GUARDINI, Romano. **O Senhor**. Tradução de Elynor Castendyk. Washington, DC: Regnery, 1996.

HAIGHT, Roger. **Espiritual e religioso**: explorations for seekers. Nova Iorque: Orbis, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 1998.

HARRIS, Sam. **Waking up**: a guide to spirituality without religion. Nova Iorque: Simon and Schuster, 2014.

- HESSLER, Kathy et al. **Animal law: new perspectives on teaching traditional law**. Durham: Carolina Academic Press, 2017.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1998. J. A. Gaskin (Ed.).
- JACKSON, Timothy. **Political agape: christian love and liberal democracy**. Grand Rapids, MI: Eerdmans, 2015.
- KELCH, Thomas G. **Globalization and animal law**. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2011.
- KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Tradução de Andres Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945.
- KELSEN, Hans. **Principles of international law**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2009.
- KING, Stephen D. **Grave new world: the end of globalization, the return of history**. New Haven: Yale University Press, 2017.
- KOESTLER, Arthur. **The ghost in the machine**. Londres: Hutchinson, 1967.
- LINDKVIST, Linde. **Religious freedom and the Universal Declaration of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- MILLER, Lisa J. (Ed.). **The Oxford handbook of psychology and spirituality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MOATTI, Claudia. **The birth of critical thinking in Republican Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MORGAN, Lewis H. **Ancient society ou researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization**. Nova Iorque: Henry Holt, 1878.
- PANIKKAR, Raimon. **The cosmotheandric experience: emerging religious consciousness**. Nova Iorque: Orbis, 1993.
- PANIZO ORALLO, Santiago. **Persona jurídica y ficción: estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)**. Pamplona: Eunsa, 1975.
- PARRY, Richard. Episteme and techne. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive. 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/episteme-techne/>>.
- PLOTINUS. **The Good or the one**. In: The essential Plotinus. Tradução de Elmer O'Brien. Indianapolis, IN: Hackett, 1964.



- PSEUDO-DIONÍSIO. Os nomes divinos. In: PSEUDO-DIONÍSIO. **As obras completas**. Tradução de Col Luibheid e Paul Rorem. Mahwah, NJ: Paulist, 1987.
- RASILLA, Ignacio de la. **International law and history: modern interfaces**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- RATZINGER, Joseph. The Holy Spirit as communio: concerning the relationship of pneumatology and spirituality in Augustine. In: **Communio** 25, 1998.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.
- RAZ, Joseph. A hedgehog's unity of value. In: WALUCHOW, Will; SCHIARAFFA, Stefan (Ed.). **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- RAZ, Joseph. **The practice of value**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- RICOEUR, Paul. **The rule of metaphor: the creation of meaning in language**. Tradução de Robert Czerny. Londres: Routledge, 1977.
- ROCKEFELLER, Steven C. Global interdependence, the earth charter, and christian faith. In: HESSEL, Dieter T.; RASMUSSEN, Larry (Ed.) **Earth habitat: eco-injustice and the church's response**. Minneapolis, MN: Fortress Press, 2001.
- ROLDÁN-FIGUEROSA, Rady. Spiritualité, spirituality, and espiritualidad: una aproximación lexicográfica a la historia conceptual de la noción moderna de espiritualidad. In: **Church History and Religious Culture**, v. 101, n.º 4, p. 496-525, 2021.
- SCHOMERUS, Voler. **A primer on string theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SCOLNICOV, Anat. **The right to religious freedom in international law: between group rights and individual rights**. Londres: Routledge, 2011.
- SPAEMANN, Robert. **Persons: The difference between someone and something**. Tradução de Oliver O'Donovan. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ULPIANUS. Justinian's Digest 1.1.10.2. Liber primus. [S. n. t.]. Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>>.

UNDERHILL, Evelyn. **Mysticism**: a study in the nature and development of spiritual consciousness. Mineola, NY: Dover, 2002.

WALDRON, Jeremy. **Tortura, terror, e trade-offs**: philosophy for the white house. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Edward A. Shils e Henry A. Finch. New Brunswick, NJ: Transactions, 2011.

WEISS, Thomas G.; DAWS, Sam. **The Oxford handbook of the United Nations**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WELKER, Michael (Ed.). **The depth of the human person**: a multidisciplinary approach. Grand Rapids, MI: Eerdmans, 2014.

WILBER, Ken. **Sex, ecology, spirituality**: the spirit of evolution sex. 2. ed. Boston: Shambhala, 2000.

WILSON, Edward Osborne. **Consilience**: the unity of knowledge. Nova Iorque: Vintage, 1999.

WITTE JÚNIOR, John. **Human rights and religious freedom in the western legal tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

WITTE JÚNIOR, John. Law, religion, and metaphor. In: WITTE JÚNIOR, John. **Faith freedom, and family**: new essays in law and religion [DOE, Norman; HAUKE, Gary S. (Ed.)]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

WITTE JÚNIOR, John. **The reformation of rights**: law, religion, and human rights in early modern Calvinism. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logicus philosophicus**. Tradução de C. K. Ogden. Mineola, NY: Dover, 1999.

WOJTYLA, Karol. **Amor e responsabilidade**. Tradução de H. T. Willetts. San Francisco: Ignatius, 1981.

WOLTERSTORFF, Nicholas. **Justice in love**. Grand Rapids, MI: Eerdmans, 2015.

ZSOLNAI, Laszlo; FLANAGAN, Bernardette. **The Routledge international handbook of spirituality in society and the professions**. Londres: Routledge, 2019.

Submissão em: 31 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 7 de dezembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

DOMINGO OSLE, Rafael. Por que a espiritualidade é importante para o direito: uma explicação. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 296-230, set.-dez. 2022.

**O IMPACTO DO JULGAMENTO DO IRDR N.º 1.0000.16.049047-0/001 NA ANÁLISE DA PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL DE POLICIAIS PENAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**VITOR LUÍS DE ALMEIDA<sup>1</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo pretende discorrer sobre a atual perspectiva de análise dos requisitos necessários à configuração da promoção por escolaridade adicional de servidores do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, integrantes da carreira de Agente de Segurança Penitenciária (hoje nomeados como Policiais Penais), com fundamento na Lei Estadual n.º 14.695/2003, regulamentada pelo Decreto n.º 44.769/2008, em razão da identificação das contradições existentes entre a norma legal e a norma regulamentar, tendo por base o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n.º 1.0000.16.049047-0/001.

**Palavras-chave:** Promoção por escolaridade adicional. Agente de Segurança Penitenciária. Policial Penal. IRDR/TJMG n.º 1.0000.16.049047-0/001.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho – *campus* Montes Claros. Doutor em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público Municipal e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG. Colaborador na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJE/TJMG e na Escola Judiciária Eleitoral Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – EJE/TRE-MG. *e-mail*: vitordnta@hotmail.com

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

De acordo com o disposto no artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a organização político-administrativa do país se fundamenta em uma Federação, a qual compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos tidos como entes autônomos. Essa autonomia é caracterizada pelas capacidades de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.

Em decorrência da capacidade de auto-organização e normatização própria aliada à capacidade de autoadministração um “Estado-Membro” pode organizar seu funcionalismo público de forma autônoma da União, elaborando e aprovando a normatização que verse sobre os direitos e deveres dos agentes públicos inseridos nas diversas carreiras de seu quadro funcional.

Nesse ínterim, o Estado de Minas Gerais, por meio da Lei n.º 14.695, de 30 de julho de 2003, instituiu “a carreira de Agente de Segurança Penitenciária” (hoje nomeado como Policial Penal, por força a Emenda Constitucional n.º 104/2019), a qual, em seu art. 11, § 3.º, dispõe sobre a possibilidade de promoção por escolaridade adicional. Tal promoção foi regulamentada pelo Decreto n.º 44.769, de 7 de abril de 2008. Não obstante, alguns dos requisitos estipulados pela norma regulamentar geraram contradições com a norma legal instituidora, provocando grande número de demandas judiciais, a serem analisadas e julgadas em diversas Comarcas do Estado de Minas de Gerais, as quais, por consequência, originaram decisões também conflitantes, em decorrência das discussões jurídicas sobre o assunto e do princípio do livre convencimento motivado.

Visando à resolução de divergências judiciais sobre casos semelhantes e considerando-se o novo sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais instaurou e julgou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n.º 1.0000.16.049047-0/001, com fins voltados à garantia de uma maior igualdade e segurança jurídica aos milhares de jurisdicionados, servidores do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, que tivessem demandas judiciais pleiteando a sobredita promoção por escolaridade adicional. A decisão desse precedente qualificado provocou impacto na apreciação judicial sobre a pleiteada promoção também em outras carreiras do funcionalismo público estadual, organizadas de forma semelhante àquela que foi a eleita como paradigma.

## **2 ANÁLISE DO IRDR N.º 1.0000.16.049047-0/001 COM RELAÇÃO À CONTRADIÇÃO EXISTENTE ENTRE A LEI ESTADUAL N.º 15.464/2005 E O DECRETO n.º 44.769/2008, NO QUE SE REFERE À LIMITAÇÃO TEMPORAL À PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL**

A controvérsia jurídica que gerou a instauração e julgamento do IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001 cingiu-se a analisar a existência ou não de direito dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, integrantes das carreiras do Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Poder Executivo, de Técnico Fazendário de Administração e Finanças e de Analista Fazendário de Administração e Finanças à promoção por escolaridade adicional, nos termos da Lei Estadual n.º 15.464, de 13 de janeiro de 2005. Referida norma legal definiu, em seus artigos 14 a 19, a progressão e a promoção, além de estabelecer os requisitos para alcançá-las. Especialmente no artigo 19, *caput*, dispôs sobre a promoção por escolaridade adicional:

**Art. 19.** Haverá progressão ou promoção por escolaridade adicional, nos termos de decreto, após aprovação da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, aplicando-se fator de redução ou supressão do interstício de tempo e do quantitativo de avaliações periódicas de desempenho individual satisfatórias necessários para fins de progressão ou promoção, na hipótese de formação complementar ou superior àquela exigida para o nível em que o servidor estiver posicionado, relacionada com a natureza e a complexidade da respectiva carreira.

No mesmo íterim, em situação semelhante, a Lei Estadual n.º 14.695/2003, ao instituir a carreira de Agente de Segurança Penitenciário, definiu, em seus artigos 10 e 11, a progressão e a promoção, respectivamente, além de estabelecer os requisitos para alcançá-las. E em seu artigo 11, § 3.º, dispôs sobre a promoção por escolaridade adicional:

**Art. 11.** Promoção é a passagem do servidor ocupante de cargo efetivo para cargo vago da classe imediatamente superior da carreira a que pertencer.

[...]

**§ 3.º** Poderá haver progressão ou promoção por escolaridade adicional, nos termos de decreto, aplicando-se fator de redução ou supressão do interstício necessário e do quantitativo de avaliações periódicas de desempenho individual satisfatórias para fins de progressão ou promoção, na hipótese

de formação complementar ou superior àquela exigida para o nível em que o servidor estiver posicionado, relacionada com a natureza e a complexidade da respectiva carreira.

Para regulamentar as referidas normas da Lei Estadual n.º 15.464/2005, bem como da Lei Estadual n.º 14.695/2003, foi editado o Decreto n.º 44.769/2008, que dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional do servidor das carreiras dos Grupos de Atividades do Poder Executivo especificadas em seu artigo 1.º. Dentre elas, as carreiras de “Técnico Fazendário de Administração e Finanças, de Analista Fazendário de Administração e Finanças e do Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação” e de “Agentes de Segurança Penitenciária”, o qual estabeleceu em seus artigos 2.º, *caput*, e 4.º, V, alíneas “a” e “b”, respectivamente:

**Art. 2.º** Terá direito à promoção por escolaridade adicional o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das carreiras de que trata o art. 1º que, até 31 de dezembro de 2007, houver concluído curso que constitua formação superior àquela exigida para o nível em que estiver posicionado na respectiva carreira, observados os demais requisitos estabelecidos neste regulamento.

**Art. 4.º** A promoção por escolaridade adicional de que trata o art. 2º fica condicionada aos seguintes requisitos:

[...]

V - requerimento, preenchido pelo servidor, da promoção junto à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade de lotação do servidor até 60 (sessenta) dias após a data de publicação da resolução conjunta de que trata o inciso IV, mediante apresentação de documentos que comprovem:

a) conclusão do curso até o dia 31 de dezembro de 2007, para fazer jus à promoção por escolaridade adicional com vigência a partir de 1.º de janeiro de 2008; e

b) matrícula no curso até o dia 31 de dezembro de 2007, para fazer jus à promoção por escolaridade adicional com vigência a partir de 30 de junho de 2009 ou 30 de junho de 2010, nos termos do art. 6.º;

[...].

Registre-se que, ainda em complemento ao mencionado Decreto, a Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574, de 11 de junho de 2008, especialmente em seus artigos 1.º a 5.º, também estabeleceu outros requisitos para a promoção por escolaridade adicional relacionada à carreira de Agente de Segurança Penitenciária.

Com efeito, ao analisar as disposições do mencionado Decreto verifica-se que, ao estabelecer marco temporal para conclusão das avaliações de desempenho, para matrícula no curso e para submissão do requerimento administrativo, o Executivo criou entrave temporal não previsto em lei. Tal circunstância demonstra uma extrapolação do poder regulamentar da Administração Pública que, consoante as lições de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 123-124) constitui uma “faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo” objetivando “explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei”.

Por consequência, ainda no ano de 2009, a matéria foi objeto de análise pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à época nomeado como Corte Superior, que concluiu pela ilegalidade do limite temporal instituído no Decreto para a concessão da promoção por escolaridade adicional, cujo acórdão assim restou ementado:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - AUDITORES FISCAIS DA RECEITA ESTADUAL - PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL - PREVISÃO EXPRESSA NA LEI N.º 15.464/05 - REGULAMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO PROMOVIDA ATRAVÉS DA EXPEDIÇÃO DO DECRETO N.º 44.769/08 E DA RESOLUÇÃO N.º 6.582/08 - EXIGÊNCIA DE MATRÍCULA PRÉVIA EM CURSO TÉCNICO DE APERFEIÇOAMENTO PARA QUE O SERVIDOR FAÇA JUS AO BENEFÍCIO SALARIAL PRETENDIDO - ADOÇÃO DE CRITÉRIOS REGULAMENTARES QUE FEREM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E RAZOABILIDADE - CONCESSÃO DA SEGURANÇA POSTULADA. - Da exegese do art. 19 da Lei n.º 15.464/05, do Decreto n.º 44.769/08 e da Resolução n.º 6.582/08, percebe-se, claramente, que estes dois últimos estão criando obstáculos inexistentes na lei antes mencionada para que os servidores estaduais possam se inscrever para a obtenção da promoção anunciada. - De fato, a adoção do critério estipulado no artigo 4.º, inciso V, alínea “b” do discutido Decreto cria distinções entre os servidores estaduais, uma vez que reconhece a apenas os servidores que estejam matriculados até a data de 31/12/2007 a possibilidade de obtenção de um benefício laboral, caso sejam cumpridos os demais requisitos então exigidos. - De tal forma, é de todo inconcebível que o Estado de Minas Gerais crie imotivados e, até mesmo desarrazoados, obstáculos jurídicos que autorizem que apenas determinado grupo de servidores obtenha a promoção por escolaridade adicional. (TJMG. MS 1.0000.08.480042-4/000, Corte Superior, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, julgado em 12-8-2009).

Posteriormente, no julgamento do IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao analisar as contradições



entre o Decreto n.º 44.769/2008 e a Lei Estadual n.º 15.464/2005, referente a carreiras tributárias e fiscais do Poder Executivo, fixou a seguinte tese:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL - LEI ESTADUAL N.º 15.464/2005 - RESERVA DE MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE - AUTOAPLICABILIDADE - NÃO CONFIGURADA - DECRETO N.º 44.769/08 - ABUSO DO PODER REGULAMENTAR - CONFIGURAÇÃO - CRITÉRIOS TEMPORAIS NÃO PREVISTOS NO TEXTO LEGAL - EXCLUSÃO - FORMAÇÃO COMPLEMENTAR - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - INEFICÁCIA DO TEXTO LEGAL - REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS - ARTIGO 4.º DO DECRETO LEI 44.769/08 -- TESE FIRMADA. 1. A norma prevista no artigo 19 da Lei 15.464/2005 não é autoaplicável, eis que o legislador reservou, de forma expressa, margem de discricionariedade para que o Poder Executivo explicitasse a formação adicional relacionada com a complexidade da carreira, e para que regulamente sobre a redução ou supressão do interstício necessário e do quantitativo de avaliações periódicas de desempenho individual. 2. O Decreto n.º 44.769/08 ao estabelecer limitações temporais, não elencadas no artigo 19 da Lei Estadual n.º 15.464/05, para concessão da promoção por escolaridade adicional extrapolou os limites do poder regulamentador, ferindo os princípios constitucionais da legalidade e isonomia. 3. Ausente regulamentação do artigo 19 da Lei 15.464/2005 no que tange à definição de “formação complementar” tem-se por configurada a ineficácia do texto legal quanto à referida modalidade de promoção por escolaridade adicional. 4. A promoção por escolaridade adicional, por formação complementar ou superior àquela exigida pelo nível em que o servidor estiver posicionado, relacionada com a natureza e a complexidade da respectiva carreira, depende do atendimento dos requisitos delineados no artigo 4.º do Decreto n.º 44.769/08, excluindo-se, contudo, as limitações temporais mencionadas no caput do artigo 2º; nas alíneas “a” e “b” do inciso V, do artigo 4.º e, ainda, no artigo 6.º, *caput*, incisos I, e II, do referido ato normativo. (TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.049047-0/001, Relator: Des. Afrânio Vilela, 1.ª Seção Cível, julgamento em 9-11-2018, publicação da súmula em 22-11-2018)

Por consequência, a adoção dos critérios estipulados no artigo 4.º, V, “a” e “b” do discutido Decreto criou distinções entre os servidores estaduais, uma vez que reconheceu a servidores que estivessem matriculados até a data de 31-12-2007 a possibilidade de obtenção de um benefício laboral, caso fossem cumpridos os demais requisitos então exigidos, não oportunizando àqueles servidores que fossem matriculados em cursos de formação complementar ou superior, posteriormente à data estipulada, o mesmo benefício.

Em suma, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não ser razoável exigir-se dos servidores estaduais que a matrícula no cur-

so de “especialização profissional”, que lhes garanta a escolaridade adicional, tenha se dado até o dia 31-12-2007. Considerou-se, pois, que o Decreto n.º 44.769/2008 excedeu os limites do poder regulamentar e violou o princípio da igualdade, constitucionalmente disposto no *caput*, do art. 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afastando-se o mencionado limite temporal na apreciação dos pedidos de promoção por escolaridade adicional.

Nesse diapasão, apesar de a Lei Estadual n.º 15.464/2005 dispor sobre carreira diversa da que se refere a Lei Estadual n.º 14.695/2003, considerando a similitude das normas que regulam a promoção por escolaridade nas referidas leis estaduais e tendo em vista que ambas foram regulamentadas pelo Decreto n.º 44.769/2008, pode-se concluir pela utilização da tese fixada no IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001 como fundamento também para decisão de casos inerentes à promoção por escolaridade de Agentes de Segurança Penitenciária, por analogia, em atenção ao sistema de precedentes judiciais inserido no ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil de 2015.

### **3 ANÁLISE DOS REQUISITOS DE APROVAÇÃO DA PROMOÇÃO PELA CÂMARA DE COORDENAÇÃO GERAL, PLANEJAMENTO, GESTÃO E FINANÇAS E DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA QUANTO AO CURSO CONCLUÍDO**

Para além do afastamento do limite temporal disposto no item retro, impende ressaltar que os limites do poder regulamentar também foram extrapolados no tocante à exigência constante do Decreto n.º 44.769/2008 e da Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574/2008 de aprovação da promoção pela Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, requisito esse também não estabelecido na Lei n.º 14.695/2003. Nessa linha de entendimento, também já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM VIRTUDE DA TRAMITAÇÃO DE IRDR - RELAÇÃO JURÍDICA DISTINTA - NÃO VINCULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO POR PARTE DO RELATOR - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - PREEXISTÊNCIA - QUESTÃO DE MÉRITO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESNECESSIDADE - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO - PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL - LEI ESTADUAL N.º 14.695/2003 E DECRETO ESTADUAL N.º 44.769/08 - LIMITAÇÃO TEMPORAL E EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO PELA CÂMARA

DE COORDENAÇÃO GERAL, PLANEJAMENTO, GESTÃO E FINANÇAS - ANTIJURIDICIDADE - NORMA LIMITADORA - PODER REGULAMENTAR - EXTRAPOLAÇÃO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA DO TÍTULO - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VERBAS - RETROAÇÃO À DATA DA IMPETRAÇÃO DO *WRIT*.

[...].

-Para regulamentar a Lei Estadual n.º 14.695/2003, que assegura ao servidor pertencente à carreira de Agente de Segurança Penitenciário o direito à promoção por escolaridade adicional, foi editado o Decreto 44.769/08 que, em conjunto com a Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574/08, estabeleceu marco temporal para a conclusão das avaliações de desempenho, para matrícula no curso e para submissão do requerimento administrativo.

-Conforme tese firmada no IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001, a promoção por escolaridade adicional, por formação superior àquela exigida pelo nível em que o servidor estiver posicionado, relacionada com a natureza e a complexidade da respectiva carreira, depende do atendimento dos requisitos delineados no decreto regulamentador, excluindo-se, contudo, as limitações temporais ali mencionadas.

-A Lei n.º 14.695/03, ao contrário de outras leis de carreira dos servidores públicos estaduais, não condiciona a promoção por escolaridade adicional à prévia aprovação da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, exigência essa criada pelo Decreto n.º 44.769/2008, extrapolando o poder regulamentar, motivo pelo qual deve ser dispensada.

-Havendo pertinência temática entre o curso superior concluído pelo servidor e o cargo público por ele exercido, é devida a concessão da promoção por escolaridade.

[...] (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.21.078292-6/000, Relator: Des. Renato Dresch, 4.ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 4-11-2021, publicação da súmula em 5-11-2021) (grifo nosso)

REMESSA NECESSÁRIA - NÃO CONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 496, § 3.º, II, DO CPC/2015 - APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO - PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL - REGULAMENTAÇÃO PELO DECRETO ESTADUAL N.º 44.769/2008 - CRIAÇÃO DE LIMITAÇÃO TEMPORAL - COMPROVAÇÃO DE IMPACTO FINANCEIRO E APROVAÇÃO DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO GERAL, PLANEJAMENTO, GESTÃO E FINANÇAS - DESCABIMENTO - REQUISITOS NÃO PREVISTOS NA LEI ESTADUAL N.º 14.695/2003 - EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR - ILEGALIDADE - DIREITO À PROMOÇÃO - EXIGÊNCIAS IMPLEMENTADAS - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPCA-E - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

[...] 3. A Lei Estadual n.º 14.695/2003 estabeleceu os parâmetros referentes à promoção por escolaridade, objetivando o incentivo aos servidores à obtenção de qualificação superior à exigida para o nível posicionado, sendo tal benefício regulamentado pelo Decreto Estadual n.º 44.769/2008. 4. Considerando que no ordenamento jurídico o ato normativo decorrente do poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo não pode contrariar a lei, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade do Decreto n.º 44.769/2008 que estabelece, para fins de promoção por escolaridade adicional, limites tem-

porais e necessidade de comprovação de impacto financeiro e aprovação da câmara de coordenação geral, planejamento, gestão e finanças, não previstos na Lei Estadual n.º 14.695/2003, extrapolando o poder regulamentar. [...] (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.016889-8/001, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior, 2.ª Câmara Cível, julgamento em 11-8-2020, publicação da súmula em 13-8-2020) (grifo nosso).

No pertinente, mostra-se ainda importante frisar que, mesmo que restasse superada a tese exposta acerca da ilegalidade do Decreto n.º 44.769/2008 e da Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574/2008. Isto, no que se refere à necessidade de comprovação de impacto financeiro e aprovação da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, mostra-se crível entender que, em sede de uma demanda judicial, à Administração Pública caberia o ônus processual de comprovação com relação ao encaminhamento do requerimento administrativo do servidor para análise da mencionada Câmara e de sua não aprovação, a teor do disposto no artigo 373, II, do Código de Processo Civil de 2015.

Na realidade, o ato administrativo de concessão da promoção por escolaridade adicional é um ato composto em que figuram o Departamento de Administração e Pagamento de Pessoal (DAPP) e a Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, atual Câmara de Orçamento e Finanças (COF).

Enquanto o Departamento de Administração e Pagamento de Pessoal analisa os requisitos objetivos para a concessão do direito de promoção, à atual Câmara de Orçamento e Finanças compete apenas efetuar o registro do impacto financeiro da promoção ante a verificação de requisitos subjetivos, corroborando a análise já realizada quanto aos requisitos objetivos. Desse modo, quando o DAPP é acionado, deve analisar os requisitos objetivos da promoção e declarar a existência ou não do próprio direito, o que configura ato perfeito e válido, uma vez que sua eficácia fica apenas condicionada à aprovação pela COF, responsável pela análise dos critérios subjetivos, ligados à possibilidade orçamentária de concessão da promoção. Por consequência, cabe à própria Administração Pública o encaminhamento do relatório do Departamento de Administração e Pagamento de Pessoal para a Câmara de Orçamento e Finanças, garantindo o regular processamento do pedido administrativo formulado pelo servidor público.

Nessa seara, impende ainda registrar que a análise e aprovação pela Câmara de Orçamento e Finanças perpassa pelo poder discricionário, sendo, portanto, prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, en-

tre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Não obstante, reputa-se que o encaminhamento do relatório para aprovação ou não pela Câmara de Orçamento e Finanças é ato vinculado, que já está delineado na norma legal. Assim, à Administração Pública nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja configurada a situação, procedendo ao encaminhamento do relatório quando do requerimento da promoção por escolaridade adicional. Tal entendimento é corroborado pela lição de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 114):

Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de ato vinculado por haver estrita vinculação do agente à lei.

Diversa é a hipótese quando a lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de ato discricionário.

Na linha desse raciocínio, entende-se que eventual não encaminhamento do pedido à Câmara de Orçamento e Finanças fere os princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, corolários da Administração Pública, consoante o disposto no artigo 37, *caput*, c/c artigo 5.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Afinal, a Administração Pública está ligada ao dever imposto pelo princípio da legalidade e, portanto, deve se assegurar de recursos lícitos na prática de seus atos. Transferir ao servidor público a comprovação do não cumprimento do comando normativo pela Administração Pública somada à exigência de comprovação de requisito subjetivo, que somente poderiam ser realizados pelo Estado de Minas Gerais, seria o mesmo que impor-lhe a comprovação de fato negativo, denominado pela doutrina como “prova diabólica”.

De outra senda, no que se refere à exigência de formação em curso relacionado com a natureza e complexidade do cargo como requisito para obtenção da promoção por escolaridade, além dessa encontrar amparo legal no art. 11, § 3.º, da Lei n.º 14.695/2003, demonstra total consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois tem por escopo promover a qualificação,

capacitação e aperfeiçoamento dos servidores, como forma de melhorar o exercício de suas atribuições funcionais e, via de consequência, a própria prestação do serviço público, em atendimento ao princípio da eficiência, que norteia a atuação da Administração Pública, a teor do disposto no já mencionado artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

À vista do exposto, cumpre esclarecer que a relação da atividade com o nível superior não precisa corresponder exatamente à formação profissionalizante a que se destina, bastando que haja afinidade da formação com a atividade exercida, até porque ao Poder Público interessa ter servidores com formação profissional qualificada, de modo que basta a correlação com a área de conhecimento para se conceder a promoção por escolaridade. Aliás, a formação, especialmente a de nível superior, insere-se em um conjunto de estudos que vão desde as disciplinas fundamentais e humanísticas para a formação da pessoa, até as disciplinas específicas de cada área do conhecimento, as quais geram a efetiva profissionalização. Nessa linha de entendimento, exigindo a pertinência temática do curso realizado com as funções exercidas pelo servidor público, também já se manifestou a abalizada jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM VIRTUDE DA TRAMITAÇÃO DE IRDR - RELAÇÃO JURÍDICA DISTINTA - NÃO VINCULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO POR PARTE DO RELATOR - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - PREEXISTÊNCIA - QUESTÃO DE MÉRITO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESNECESSIDADE - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO - PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL - LEI ESTADUAL N.º 14.695/2003 E DECRETO ESTADUAL N.º 44.769/08 - LIMITAÇÃO TEMPORAL E EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO PELA CÂMARA DE COORDENAÇÃO GERAL, PLANEJAMENTO, GESTÃO E FINANÇAS - ANTIJURIDICIDADE - NORMA LIMITADORA - PODER REGULAMENTAR - EXTRAPOLAÇÃO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA DO TÍTULO - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VERBAS - RETROAÇÃO À DATA DA IMPETRAÇÃO DO *WRIT*.

[...]

- Conforme tese firmada no IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001, a promoção por escolaridade adicional, por formação superior àquela exigida pelo nível em que o servidor estiver posicionado, relacionada com a natureza e a complexidade da respectiva carreira, depende do atendimento dos requisitos delineados no decreto regulamentador, excluindo-se, contudo, as limitações temporais ali mencionadas.

- A Lei n.º 14.695/03, ao contrário de outras leis de carreira dos servidores públicos estaduais, não condiciona a promoção por escolaridade adicional à prévia aprovação da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, exigência essa criada pelo Decreto n.º 44.769/2008, extrapolando o poder regulamentar, motivo pelo qual deve ser dispensada.

- Havendo pertinência temática entre o curso superior concluído pelo servidor e o cargo público por ele exercido, é devida a concessão da promoção por escolaridade.

[...]

(TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.21.078292-6/000, Relator: Des. Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/11/2021, publicação da súmula em 05/11/2021) (grifos nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL. DECRETO ESTADUAL N.º 44.769/08. RESTRIÇÕES. LIMITAÇÕES TEMPORAIS. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. ILEGALIDADE. ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA BENESSE. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 1. O Decreto n.º 44.769/08, que regulamentou o direito à promoção por escolaridade adicional, ao fixar limitações temporais não previstas na norma legal para obtenção da promoção, extrapolou o poder regulamentar outorgado ao Chefe do Poder Executivo. 2. Uma vez regulamentado o direito à promoção por escolaridade, por meio do o Decreto n.º 44.769/08, cabe à Administração averiguar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos objetivos estabelecidos para a concessão ou não desse direito, não se tratando de ato discricionário, mas vinculado ao cumprimento das condições estabelecidas pela própria Administração, desde que não se afigurem ilegais ou desarrazoadas. V.v. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE ADICIONAL. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. CURSO DE PEDAGOGIA. 1. A progressão ou promoção por escolaridade adicional tem por objetivo estimular o servidor para que busque uma qualificação ou formação complementar superior àquela exigida para o nível em que estiver posicionado. 2. A graduação apresentada pelo autor, no curso de pedagogia, não guarda qualquer relação com as funções de agente penitenciário, o que impede a promoção pretendida. (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.21.051765-2/000, Relator: Des. Wagner Wilson, 19.ª Câmara Cível, julgamento em 28-10-2021, publicação da súmula em 8-11-2021) (grifo nosso)

Assim, para que o Agente de Segurança Penitenciária possa obter a promoção por escolaridade adicional, prevista no artigo 11, § 3.º, da Lei n.º 14.695/2003, regulamentada pelo Decreto n.º 44.769/2008 e pela Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574/ 2008, o servidor deve cumprir os requisitos contidos na legislação em vigor, inclusive com a demonstração de que o curso concluído possui pertinência temática com as funções do cargo. São excepcionadas as limitações temporais previstas nos referidos atos normativos e independentemente de prévia aprovação da Câmara de Orçamento e Finanças. Com a análise realizada sob essa perspectiva, poderá a Administração Pública demonstrar o efetivo cumprimento aos princípios fundamentais dispostos no

artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, agindo de forma devida, ainda que diante de um ato discricionário na análise sobre a pertinência da pleiteada promoção. Afinal, não se pode concordar em substituir-se a discricionariedade pela arbitrariedade, conceitos que não se confundem, sob pena de possibilitar a correção judicial, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p. 426) no sentido de que: “Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente”.

Ademais, não se pode desconsiderar que é dever da Administração Pública, mesmo nos atos discricionários, pautar suas condutas com vistas a garantir respeito ao contemporâneo “direito fundamental à boa administração pública”, o qual se manifesta não apenas em relação aos administrados, mas também aos seus próprios agentes, como lecionado por Juarez Freitas (2007, p. 20):

É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Nessa linha de entendimento, espera-se que os requerimentos administrativos de promoção por escolaridade adicional dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, ocupantes do cargo de Agente de Segurança Penitenciária, possam ser devidamente apreciados pela Administração Pública e, em casos de não efetivação, venham a ser adequadamente julgados pelo Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, por meio das demandas judiciais que lhe são apresentadas sobre o tema.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Poder Judiciário no Brasil acumula milhares de processos pendentes de julgamento e, somado às demandas que surgem diariamente, tem-se o



completo abarrotamento do sistema judicial. Para um melhor tratamento da situação, na “seara cível”, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, enfatizou-se a obediência ao sistema dos precedentes judiciais. Nessa perspectiva, o artigo 985, I, do mencionado Código dispõe que o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) faz com que a tese seja aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal.

Com efeito, apesar do IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001 não versar diretamente sobre a promoção por escolaridade adicional dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais ocupantes do cargo de Agente de Segurança Penitenciária, atualmente nomeados como Policiais Penais, mostra-se patente sua aplicação por analogia ao julgamento das ações judiciais decorrentes do pleiteado benefício.

Afinal, para regulamentar as normas da Lei Estadual n.º 15.464/2005, bem como da Lei Estadual n.º 14.695/2003 foi editado o Decreto n.º 44.769/2008, que dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional do servidor das carreiras dos Grupos de Atividades do Poder Executivo especificadas em seu artigo 1.º, dentre elas as carreiras de “Técnico Fazendário de Administração e Finanças, de Analista Fazendário de Administração e Finanças e do Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação” e de “Agentes de Segurança Penitenciária”.

Por conseguinte as limitações temporais e a exigência de prévia aprovação da Câmara de Orçamento e Finanças existentes no Decreto n.º 44.769/2008 e na Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS n.º 6.574/2008 extrapolam o poder regulamentar a ser exercido pelo Poder Executivo estadual, uma vez que não se encontram inseridas na norma legal que dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional dos Agentes de Segurança Penitenciária, prevista no artigo 11, § 3.º, da Lei n.º 14.695/2003. Não obstante, a demonstração da pertinência temática do curso realizado pelo servidor público com as funções do cargo exercido continua sendo necessária, uma vez que o objetivo da norma instituidora dessa promoção em caráter excepcional é, exatamente, a valorização da qualificação, capacitação e aperfeiçoamento dos servidores, fomentando uma melhoria no exercício de suas atribuições funcionais e, conseqüentemente, da própria prestação do serviço público, que visa à eficiência.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. (reimpressão).
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- IACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MINAS GERAIS. Decreto 44.769, de 7 de abril de 2008. Dispõe Sobre a Promoção por Escolaridade Adicional do Servidor das Carreiras dos Grupos de Atividades do Poder Executivo que Especifica. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 8 abr. 2005, p. 2, coluna 1.
- MINAS GERAIS. Lei 14.695, de 30 de julho de 2003. Cria a Superintendência de Coordenação da Guarda Penitenciária, a Diretoria de Inteligência Penitenciária e a Carreira de Agente de Segurança Penitenciário e dá outras

providências. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 31 jul. 2003, p. 21, coluna 1; retificada no **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 28 ago. 2003, p. 3, coluna 2.

MINAS GERAIS. Lei 15.464, de 13 de janeiro de 2005. Institui as carreiras do Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação do Poder Executivo e as carreiras de Técnico Fazendário de Administração e Finanças e de Analista Fazendário de Administração e Finanças. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 14 jan. 2005, p. 16, coluna 1.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. Secretaria de Estado de Defesa Social. Resolução Conjunta SEPLAG/SEDS 6.574, de 11 de junho de 2008. Dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional do servidor das carreiras de que tratam os incisos I a III do art. 1.º da Lei n.º 15.301, de 10 de agosto de 2004; art. 1.º da Lei 15.302, de 10 de agosto de 2004 e no art. 5.º da Lei 14.695 de 30 de julho de 2003, lotado na Secretaria de Estado de Defesa Social-SEDS. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 12 jun. 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Responsabilidade civil administrativa**: direito administrativo geral. tomo III. Alfragide: Dom Quixote, 2010. (reimpressão).

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et all. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Submissão em: 31 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 9 de dezembro de 2022

### Como citar este artigo científico

ALMEIDA, Vitor Luís de. O impacto do julgamento do IRDR n.º 1.0000.16.049047-0/001 na análise da promoção por escolaridade adicional de policiais penais do Estado de Minas Gerais. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 331-346, set.-dez. 2022.

## **DROIT COUTUMIER FAMILIAL HAÏTIEN: UN HERITAGE PLURISECULAIRE<sup>1</sup>**

**YVES LASSARD<sup>2</sup>**

**E**n droit familial haïtien, le problème lié à la qualification des modes d'union rappelle à bien des égards la variété terminologique qui accompagne l'évolution en France des relations extraconjugales. Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, cette question se heurte pour l'essentiel à deux séries de difficultés: au dualisme normatif et aux réalités locales, souvent très éloignées des exigences du droit écrit.

Malgré l'Indépendance et le souhait de toute une population de renouer avec sa culture traditionnelle, le législateur ignora les réalités sociologiques, qu'il considérait alors comme un frein au développement social et économique du pays. Dans un souci d'alignement sur la tradition juridique française, il décida en effet d'écarter les anciennes institutions coutumières au profit d'une union de type conjugal reposant sur un strict consensualisme: le mariage du Code Napoléon<sup>3</sup>, dont il fit la cellule de base de la société post-coloniale haïtienne. Dans le dessein d'uniformiser le droit, il abrogea toute forme d'union hors-mariage antérieure à la promulgation du Code civil de 1825<sup>4</sup>.

Dans sa version initiale, le Code civil français n'envisage qu'une seule forme d'union: le mariage, regardé comme l'alliance contractuelle d'un homme et d'une femme qui s'engagent à vivre ensemble. Celui-ci étant considéré comme

---

<sup>1</sup> Reprise d'un article paru sous le titre "Mariage coutumier et filiation en Haïti: réflexion à propos des sources du droit haïtien" in: **Mélanges offerts à Geneviève Pignarre**, LGDJ-Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 507-535.

<sup>2</sup> Maître de conférences à la Faculté de Droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes (France). Coopération avec l'Université d'État d'Haïti. Doctorat en Historien du Droit (Université Grenoble Alpes). e-courrier: yves.lassard@univ-grenoble-alpes.fr

<sup>3</sup> Pour avoir voulu greffer trop brusquement le Code civil français sur une culture nationale déjà forgée, le législateur haïtien se heurta dès l'Indépendance à des réactions de rejet (Cf. BONAMY, 1894, p. 84; JUSTIN, 1905, p. 256-257).

<sup>4</sup> Loi n. 6 sur l'organisation de la société familiale. Voyez Despinos (2014, p. 230).

l'institution au fondement de la famille, il fallut bien des débats et des chicanes pour que le législateur finisse par accepter de prendre en compte les différentes formes d'union hors mariage pour les regrouper sous le terme générique de "concubinage". Cette notion péjorative, entachée de réprobation au nom de la morale chrétienne, exprime le rejet par la société des relations sexuelles entretenues en dehors de la famille légitime. Aussi est-ce par réaction, conscients du discrédit dont est entaché le terme de concubinage, que les juristes tentèrent d'introduire une terminologie plus neutre et d'opérer une sorte de classification afin de mieux rendre compte des mœurs. Mais rien ne changea, malgré l'évolution des positions de la doctrine sur cette question et la pluralité d'expressions auxquelles eut recours la jurisprudence. Tout au long du XIXe siècle, la réserve du législateur demeura vive à l'égard de cette inflation terminologique.

Empruntée à la tradition juridique française, cette réticence à évoquer les unions non légales eut notamment pour effet d'écarter le *plaçage*, union formaliste et coutumière, très répandue dans la société haïtienne, qui constitue le fondement de la très grande majorité des familles, tant en milieu rural que chez les populations déshéritées des zones urbaines.

Terme générique, le plaçage désigne une forme d'union souvent perçue comme une espèce de mariage coutumier (ROMAIN, 1959, p. 19), consentie par deux êtres de sexe différent, en principe de même origine sociale, qui acceptent "de se prendre en charge, de vivre ensemble de façon stable et durable avec des droits et des devoirs de part et d'autre" (COLLOT, 2003, p. 53). Sans valeur au regard de la loi, le plaçage échappe aux rites prescrits par le Code pour le mariage civil, dont il se distingue par son caractère polygynique; d'où la tentation de n'y voir qu'une variété de concubinage, partant d'une coutume dont l'histoire n'est pas étrangère aux luttes contre l'esclavage et pour l'Indépendance.

Des coutumes, en Haïti, il en existe une très grande variété. Dans sa description de l'île de Saint-Domingue, rédigée à la fin du XVIIIe siècle, le jurisconsulte Moreau de Saint-Méry (1750-1819), qui fut aussi l'un des premiers historiens d'Haïti, écrit qu'en ces lieux "s'est formée une sorte de système d'association particulière auquel des convenances locales ont donné des règles" (MOREAU DE SAINT-MÉRY, 2004, p. 29-30). En raison d'une forte immigration<sup>5</sup>, précise-t-il, les habitudes du pays se combinèrent peu à peu aux usages extérieurs: c'est ce qui donne un caractère particulier aux mœurs des colonies d'Amérique. Ces comportements, résultat d'influences successives, formèrent durant de nombreuses décennies le substrat de la culture juridique haïtienne.

<sup>5</sup> La population totale de la colonie française passe de 9.082 personnes en 1700 à 405.528 en 1788 (voyez pour davantage de précisions LOUIS-JOSEPH, 1982, p. 68).

Plutôt paysanne à l'origine, issue d'une mosaïque de populations arrivées pour la plupart entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>6</sup>, la société haïtienne reste fortement imprégnée d'africanité<sup>7</sup>. Mais en marge des coutumes d'origine africaine subsistent également des pratiques héritées de la période coloniale, à l'instar du plaçage, union maritale caractéristique du peuple haïtien, passée progressivement dans la coutume au lendemain de l'Indépendance et dont les origines lointaines tiennent autant aux mœurs polygamiques des populations africaines<sup>8</sup> qu'au concubinage adultérin des colons (DESPINOS, 2014, p. 230).

Résultat d'une pénurie de femmes blanches dans les colonies françaises d'Amérique [on rencontre notamment ce phénomène en Louisiane (PÉROL, 1992, p. 91)] et de l'interdiction faite aux Blancs déjà mariés d'entretenir ouvertement des relations sexuelles avec des femmes esclaves<sup>9</sup>, le plaçage permet à des Français, issus le plus souvent de la haute-société, de nouer plus ou moins discrètement des unions avec des femmes d'origine africaine. Cette pratique représente pour ces dernières un moyen d'améliorer leurs conditions d'existence et d'espérer ultérieurement un changement de statut par l'obtention de l'affranchissement (PÉROL, 1992, p. 91; SALA-MOLINS, 1987, p. 108). Ainsi naquit la classe des "affranchis", gens de couleur, libres, appelée à former l'élite de la société post-coloniale (VIEUX, 1989, p. 34).

Au premier chef, la coutume haïtienne forme un droit de la famille. C'est d'abord sur lui que, traditionnellement, repose l'ordonnement stratifié des communautés de village, dirigées par un patriarche à la fois chef de famille et propriétaire, le "bacha", également appelé "commandant" ou "général" (MORAL, 1978, p. 169). Constitué d'un ensemble de principes dominant la vie quotidienne, la coutume s'exprime essentiellement à travers un système social d'origine africaine, le "lakou", groupement de parenté de filiation patrilinéaire et exogame, sorte de "gens" dont le nom, porté collectivement par les membres de la famille, tirait son origine de l'aïeul fondateur ou des particularités du sol ou des bâtiments ("Cour Génipayer", "Cour Bêche", "Cour Blain", etc). Ce système de famille élargie disparaîtra progressivement à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, pour laisser la place à la famille nucléaire de type occidental.

<sup>6</sup> La traite négrière est fondamentale dans l'histoire d'Haïti (cf. FOUCHARD, 2017, p. 106 ss.).

<sup>7</sup> À l'image de Toussaint-Louverture dont le père, de nation Arada, serait né au Dahomey, la population descend majoritairement des centaines de milliers d'hommes et de femmes qui, après avoir été arrachés à leurs villages d'Afrique pour être réduits en esclavage, obtinrent la liberté au terme de l'insurrection qui ravagea la colonie entre 1791 et 1803. Il s'agit pour l'essentiel d'un mélange de Ouoloffs, Peulhs, Bambaras et Mandingues du Sénégal, Bouriquis de la Côte d'Ivoire ou Congolais du bassin du Congo. Ainsi s'implanta une culture amalgamant à de lointaines traditions importées d'Afrique des usages plus récents, secrétés par les besoins des communautés villageoises (cf. PLUCHON, 1989, p. 56; MWISSA, 2004, p. 161-168).

<sup>8</sup> Moreau de Saint-Méry observe au XVIII<sup>e</sup> siècle que "tous les Africains sont polygames" (MOREAU DE SAINT-MÉRY, 2004, p. 57).

<sup>9</sup> À la différence du concubinage, constamment interdit, la législation coloniale tentera de limiter le "mélange" entre les Libres de couleur et les Blancs en faisant obstacle à leurs unions légales, pourtant autorisées par le Code noir de 1685 (art. 9). Ces mariages ont par contre été interdits en Louisiane, "à peine de punition et d'amende arbitraire", par l'article 6 de l'édit de 1724 (NIORT, 2002, p. 8). V. également Sala-Molins (1987, p. 108).

Jamais, durant la période coloniale, le mariage n’obtint la faveur des habitants de Saint-Domingue: à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, “sur toute la population libre rassemblant 58.000 habitants, il n’y avait pas 3.000 femmes mariées” (BELLEGARDE, 1953, p. 32-41). Une situation qui n’évolua guère au lendemain de l’Indépendance, en dépit de l’augmentation de la population: ainsi aux Gonaïves, durant la période 1821-1826, on dénombre seulement onze mariages pour une population globale de 12.854 habitants; au Cap, le taux de nuptialité chute de plus de 37% entre 1821 et 1826. Un siècle après, en 1938, une enquête conduite par Maurice Dartigue (1903-1983)<sup>10</sup> révéla, à partir d’un échantillon de 884 familles rurales, que les trois quarts des couples vivaient en plaçage (DARTIGUE, 1938, p. 1). Des résultats significatifs que paraissent confirmer les statistiques ecclésiastiques publiées durant la même période (ANNUAIRE, 1939). Mais on assiste parallèlement au déclin de “lakou”, à l’amenuisement de la propriété ainsi qu’au resserrement de la communauté familiale.

Au milieu des années 1950, une crise économique d’une exceptionnelle gravité affecta profondément le milieu rural: l’exploitation anarchique des ressources naturelles et une politique agricole trop ambitieuse – inspirée de la planification américaine – épuisèrent le monde des campagnes et provoquèrent en l’espace de quelques années l’effondrement de la structure sociale traditionnelle (MORAL, 1978, p. 7). Les anciennes coutumes s’estompèrent peu à peu et la famille élargie céda définitivement la place à la famille nucléaire issue du plaçage (I), souvent considéré comme une alternative au mariage légal. Mais tout ne disparut pas pour autant. Longtemps encore on put observer les traces de l’ancienne structure patriarcale à travers les mécanismes d’établissement de la filiation coutumière (II) et, dans une moindre mesure, ceux régissant l’exercice de la puissance paternelle.

## **I UN STATUT PERSONNEL ALTERNATIF AU MARIAGE: LE PLAÇAGE**

Le plaçage correspond à un “mariage” coutumier et en cela il se différencie sensiblement du concubinage, librement consenti entre deux personnes désireuses de faire une expérience de vie commune, mais sans l’intention de fonder un foyer. Il s’agit d’une union formaliste, mais d’un formalisme souple avec des rites et des empêchements. Comme dans les autres modes d’union, cette forme de polygynie a ses exigences à la fois d’ordre patrimonial et personnel. Ces impératifs ressortent plus particulièrement lors de l’entrée en plaçage (A) et plus tard lors de sa dissolution (B).

<sup>10</sup> Il fit partie de la première équipe ministérielle du président Élie Lescot à titre de secrétaire d’État de l’Instruction publique, de l’Agriculture et du Travail (PASCAL-TROUILLOT; TROUILLOT, p. 271-272).

## I.A L'Entrée en Plaçage

Étymologiquement, le mot “plaçage” dérive du terme colonial “place” qui désignait à Saint-Domingue la terre cultivée par l’esclave, à laquelle il était attaché et où il établissait son foyer; ou parfois, la parcelle de terre sur laquelle un maître entretenait ses concubines esclaves. Cette pratique, entrée dans les mœurs sous la forme d’un mariage coutumier, continue de représenter la culture dominante en Haïti<sup>11</sup>: à côté d’autres formes d’union extra-légale<sup>12</sup>, le mariage demeure effectivement minoritaire et ne concerne généralement que les milieux les plus nantis. Cette situation a notamment pour effet de faciliter le cumul des unions par les hommes<sup>13</sup>, et de favoriser la polygamie.

Comme très souvent en Afrique, cette pratique s’inscrit assez largement dans un système de polygamie masculine: si la femme a généralement un mari, rares sont les hommes qui n’entretiennent pas plusieurs concubines. Au XVIIIe siècle déjà, Moreau de Saint-Méry souligne qu’en raison de la polygamie les mariages (légaux) entre Africains sont alors “extrêmement rares” (MOREAU DE SAINT-MÉRY, 2004, p. 57). Selon Serge-Henri Vieux, les colons recourent assez fréquemment à ce système pour nouer des relations extraconjugales avec certaines de leurs esclaves (VIEUX, 1989, p. 29-30). De sorte qu’à la veille de l’Indépendance, malgré la volonté affichée par Toussaint-Louverture d’organiser et réglementer les relations familiales à partir du mariage (Constitution du 8 juillet 1801, art. 9), le plaçage s’imposa tout naturellement comme la forme d’union la plus répandue dans la partie française de Saint Domingue.

Dans les années qui suivirent immédiatement l’Indépendance, l’État mit en chantier une réforme législative, dans l’esprit de celle introduite par Toussaint-Louverture, largement inspirée du modèle français: les Constitutions et ensuite le Code civil de 1825 firent alors du mariage la cellule de base de la nouvelle société. Mais ce dispositif savant se heurta aussitôt à la structure bipartite de la société haïtienne traditionnelle: entre “pays légal”, d’une part, et “pays réel” d’autre part; entre une population francophone érudite, de confession catholique, favorable au mariage et un monde rural attaché à la pratique

<sup>11</sup> En 2005-2006, environ 25% des couples haïtiens choisissent le plaçage, contre 18% pour le mariage légal (cf. *EMMUS-IV: Enquête Mortalité, Morbidité et Utilisation des Services* du Ministère de la Santé Publique et de la Population, Calverton, USA, janvier 2007, tabl. 6.1, p. 80; cité in “L’enfant à l’épreuve de la réalité haïtienne: Quelles actions pour lutter contre la séparation familiale et l’abandon?”, *Secours islamique*, Janvier 2013, p. 14).

<sup>12</sup> Le *vivavek* (ou “vivre avec”), une autre forme d’union extra-légale très répandue en Haïti, sans cohabitation permanente entre l’homme et la femme, concerne environ 20% des ménages en 2005-2006 (Cf. *EMMUS-IV*, p. 80).

<sup>13</sup> En 2005-2006, 9% des hommes en union déclarent avoir au moins deux partenaires simultanées (Cf. *EMMUS-IV*, tabl. 6.3, p. 83).



du créole et aux anciennes traditions, plutôt vaudouisant<sup>14</sup>, qui marque une préférence très nette pour le plaçage. Comme le fait très justement remarquer Jacques Stephen Alexis<sup>15</sup>, les Haïtiens se placent mais ne se marient pas, car “c’est leur conscience profonde et humaine qui leur sert de Code civil et d’acte de mariage” (ALEXIS, 1982, cité in DESPINOS 2014, p. 230-231). Aujourd’hui encore, la coexistence entre les diverses formes d’union semble installée de façon durable dans la société haïtienne. Selon une enquête réalisée à l’occasion d’un colloque en 2001, 78% des personnes interrogées considèrent le plaçage comme un “mariage” coutumier et 88% comme une très ancienne pratique (COLLOT, 2003, p. 52, n.° 14). Il existe donc une union coutumière, le plaçage, dont il nous faut maintenant préciser le contenu.

Deux points paraissent mériter plus particulièrement attention dans l’étude du plaçage haïtien: la formation du lien (1) et les obligations incombant à la femme (2), car celle-ci est en effet soumise à toute une série d’obligations unilatérales.

### **I.A.1 Formation du lien**

Pratiqué en milieu rural surtout, le plaçage passe pour être la forme la plus répandue et la plus ancienne d’union coutumière (ROMAIN, 1959, p. 19). Si, comme le soulignait Jean-Baptiste Romain au début des années 1970 (*cf.* ROMAIN, 1971), le plaçage régresse, c’est uniquement dans les couches les plus modestes des milieux urbains. Il est pour les non-chrétiens ce qu’est le mariage pour le chrétien.

La valeur juridique de cette forme d’union tient avant tout au rituel obligatoire dont s’accompagne l’entrée en plaçage. Il s’agit d’une cérémonie assez proche des fiançailles dont la finalité vise à rapprocher les familles et à officialiser l’union. Elle se déroule le plus souvent au domicile de la “fiancée”, en présence des parties<sup>16</sup>, au terme des préliminaires d’usage.

<sup>14</sup> À partir du XVIIe siècle, les esclaves originaires du Dahomey répandirent le culte vaudou aux Caraïbes (On consultera avec profit: MÉTRAUX (1958); RIGAUD (2015).

<sup>15</sup> Un lointain descendant du père de l’Indépendance Jean-Jacques Dessalines.

<sup>16</sup> Le plaçage par procuration est inconnu de la coutume.

### *I.A. 1.a Les préliminaires*

Les formalités débutent en principe par une lettre de demande, rédigée (en français) par une personne lettrée de la communauté, qui est ensuite transmise aux parents de la femme par le père du garçon ou par le doyen d'âge de la famille (MARS, 1929, cité in MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 84). Celle-ci comporte obligatoirement trois éléments: un "aveu d'amour", l'engagement d'observer une bonne conduite et enfin les modalités de versement de la dot. La réponse des parents de la future donnera date au plaçage (VIEUX, 1989, p. 69).

### *I.A. 1.b La célébration*

Comme pour le mariage, le plaçage impose l'obligation de respecter un certain rituel, toujours à plusieurs niveaux. La célébration débute généralement par la remise d'une dot en espèces, constituée par le futur, que celui-ci "dépose au seuil de la porte principale de la maison de ses beaux-parents" (LOUIS, 1968, p. 38). Il s'agirait d'une coutume empruntée aux anciennes traditions africaines (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 84; voyez également QUENUM, 1999, p. 110). Vient ensuite le rite de l'union cérémonielle des mains: comme dans l'Antiquité romaine (*dextrarum junctio*), le père de la femme procède alors à la jonction des mains des futurs, symbolisant l'alliance des familles et l'unité du couple. Enfin, le cérémonial s'achève avec des paroles sacramentelles visant à obtenir la bénédiction des "mânes" des ancêtres africains et l'assistance des dieux de Guinée, prononcées devant le péristyle où est dressé l'autel (*houmfô*) (voyez notamment MÉTRAUX, 1958, p. 66-70), auxquelles s'ajoute presque toujours un rite domestique, les sacrifices aux "Loas"<sup>17</sup> et parfois des exigences de nature sexuelle concernant la virginité de la femme.

### *I.A. 1.c Le contrôle de la virginité*

A l'instar du mariage, la virginité de la femme a longtemps, semble-t-il, été considérée comme une qualité essentielle dans la formation du lien de plaçage, ce dernier étant contracté tacitement sur la base de la virginité supposée de

<sup>17</sup> Les "Loas" sont les dieux de la religion vaudou.

la femme. Aussi la coutume prévoyait-elle un contrôle, comme se plaît à le rappeler Jean-Baptiste Romain dans son étude sur les *mœurs et coutumes des paysans haïtiens* (ROMAIN, 1971, p. 23) Dans la plupart des cas, la vérification est laissée à l'appréciation d'un membre de la famille du futur, en principe une femme, le lendemain du plaçage (ROMAIN, 1971, p. 23): à cette occasion, une bouteille non débouchée de boisson alcoolisée doit être remise aux parents de l'épouse en signe de l'état correct de celle-ci. À défaut, l'absence de virginité peut entraîner la répudiation et l'erreur la nullité. Comme dans le cas du viol, généralement perçu comme une atteinte à l'honneur (LONGTIN, 2010, p. 3.), une dépréciation, voire une compromission entre la victime et son agresseur. La perte de la virginité compromettrait la capacité de la femme de former une bonne union selon la coutume (MAGLOIRE, 2004, p. 94). Mais avec l'évolution des mœurs, d'autres critères semblent aujourd'hui retenir davantage l'attention des parties, comme par exemple la possession d'une maison, clé de voute du plaçage, qui assurera au ménage un minimum de bien-être.

#### *I.A.1.d L'habitation*<sup>18</sup>

Après l'acceptation de la demande par les parents de la femme, le prétendant se trouve dans l'obligation de produire les titres de propriété du fonds sur lequel il déclare vouloir établir sa famille. Il remet alors les titres fonciers dont il dispose à la mère de sa "fiancée" (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 84). Cette pratique, reflet d'une société à culture "créole", visait initialement sans doute à prévenir les risques de famine (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 84).

Dans la société traditionnelle haïtienne, la construction de l'habitat représente une manifestation de volonté de la part du futur, qui vient renforcer les promesses faites à la famille de la femme. Lors du premier plaçage, la construction de la maison apparaît toujours comme un engagement de cohabitation avec la femme principale: la *fanm kay*. Engagement qui n'est pas sans rappeler le devoir de cohabitation imposé par le Code civil (Haïtien de 1825, art. 198), mais avec cette différence essentielle qu'il doit obligatoirement s'accommoder du système de polygamie inhérent à ce type d'union.

<sup>18</sup> L'habitation est le mot créole désignant le lieu où le couple élit domicile.

Gage de la stabilité du ménage, l'habitation confère à la femme une relative sécurité. À défaut d'obtenir le "nomen" (port du nom de l'homme) que le plaçage ne procure pas immédiatement, la cohabitation permet en effet à celle-ci de pouvoir bénéficier de la "fama", autrement dit de la reconnaissance publique. En élisant domicile avec la *fanm kay*, l'homme témoigne du rang qu'elle occupera plus tard lors des plaçages successifs.

L'observation, autrefois très stricte, de tous les rites traditionnels, lors du premier plaçage entre l'homme et la *fanm kay*, confère aujourd'hui encore à cette institution les caractères d'une union formaliste. Dans certaines parties du pays, cette cérémonie continue de porter l'ancien nom de "mandé" (demande) et consiste généralement en une sorte de déclaration d'amour des futurs en la présence des familles; cette déclaration est aussitôt suivie d'une demande de la main de la femme par les parents de l'homme (COLLOT, 2003, p. 53).

La conclusion de l'union fait naître des liens juridiques, des obligations souvent assez proches de celles qui résultent du mariage. Ainsi le plaçage s'intéresse-t-il plus particulièrement au nom de la femme, aux devoirs de fidélité et d'assistance ainsi qu'à l'entretien et l'éducation des enfants. C'est sur ce point, notamment, que le plaçage se différencie du concubinage, lequel consiste en une expérience de vie commune sans l'intention de bâtir un foyer, les concubins restant libres de se prendre en mariage ou de contracter une nouvelle union avec la personne de leur choix.

### ***1.A.2 Obligations de la Femme***

Comme chacun sait, le mariage crée entre le mari et la femme des obligations réciproques qui sont la contrepartie de leur état d'époux. En Haïti, ces obligations sont énoncées sous les articles 189 à 210 du Code civil de 1825 (modifiés en partie par le décret du 8 octobre 1982<sup>19</sup>). Or, à la différence de la loi écrite, la coutume haïtienne ne se préoccupe guère de l'équilibre entre les droits et obligations de l'homme et de la femme. Cette dernière se trouve en effet soumise à un ensemble d'obligations unilatérales, qui sont la marque de la domination masculine dans le ménage: devoir d'assistance, nom de la femme, port de la bague et enfin devoir de fidélité.

<sup>19</sup> Le décret du 8 octobre 1982 introduit l'égalité entre hommes et femmes dans le mariage. Désormais, "le mariage crée entre l'homme et la femme des droits réciproques" (art. 1). La femme, à l'instar de l'homme, "a le plein exercice de sa capacité juridique" (art. 2).

### I.A.2.a *Le devoir d'assistance*

Appliqués au plaçage, les devoirs de secours et d'assistance relèvent de "l'entraide conjugale". Ainsi Serge-Henri Vieux établit-il une distinction entre l'entraide "habituelle", à savoir "l'ensemble des devoirs [...] auxquels sont assujettis les placés dans leurs rapports d'intérêts, pour assumer les charges quotidiennes du ménage et d'éducation des enfants" (VIEUX, 1989, p. 128) et l'entraide "de circonstance", tout à fait exceptionnelle.

Dans la coutume haïtienne, l'homme doit pourvoir aux besoins du foyer, assurer à toutes ses femmes placées les ressources nécessaires au ménage et à l'éducation des enfants. Il participe par son travail à la valorisation du sol et abandonne à la femme la jouissance du produit de la terre. L'entraide ne présente aucun caractère de périodicité et ne se réalise le plus souvent qu'en nature.

Mais dans la pratique, la femme obtient rarement l'assistance de l'homme et assume souvent les charges familiales (DESPINOS, 2014, p. 247). Elle s'occupe seule de la vente des produits de l'exploitation, dont les revenus servent en principe à l'entretien et à l'éducation des enfants. Aussi, l'apport substantiel de la femme, nécessaire à la survie du foyer, fait-il d'elle la clé de voûte de la famille (SYLVAIN, 1974, p. 27).

### I.A.2.b *Le nom de la femme*

En Haïti la femme mariée porte le nom de son mari<sup>20</sup>. Qu'il s'agisse "d'une simple convenance sociale ou d'une certaine commune renommée" (COLLOT, 2003, p. 54-55), elle est toujours identifiée par référence aux nom et prénom de son conjoint. Mais dans le plaçage, le nom de la femme obéit à des mécanismes bien différents.

Même après son plaçage, la femme continue d'être individualisée sous son nom de jeune fille. Car, contrairement au mariage, le plaçage n'entraîne pas automatiquement le droit à l'usage du nom de son conjoint. C'est ainsi que, même lorsque la femme est autorisée à utiliser le nom de l'homme, dans les actes officiels l'identification continue de se faire par son prénom et son patronyme de naissance. Il s'agit là, pense-t-on, d'un usage très ancien dont il faut rechercher

<sup>20</sup> Cette disposition n'est pas légale. Elle tient sa valeur juridique de l'interprétation *a contrario* de l'art. 2 de la loi du 10 mai 1920, renforçant l'art. 287 du Code civil sur les effets du divorce.

l'origine dans les très anciennes coutumes africaines: chez les fons<sup>21</sup>, il n'était pas rare en effet que la femme mariée continue de porter son nom d'origine. Cette forme de discrétion, cet éventuel besoin d'indépendance serait en partie lié aux habitudes des anciens esclaves et à la pratique du marronnage<sup>22</sup>, terme désignant la fuite des esclaves hors des plantations, qui se développa aux Antilles à partir du XVIIIe siècle (VIEUX, 1989, p. 115). Les marrons étant alors sévèrement châtiés, la sécurité du fugitif impliquait nécessairement l'anonymat. Enfin, dans le cadre d'une union polygamique, cette pratique permet également d'éviter des confusions entre les différentes femmes. Ainsi, les traditions venues d'Afrique, les mœurs coloniales et les nécessités quotidiennes contribuèrent-elles, dans une certaine mesure, à l'élaboration des règles régissant le nom.

Dans le plaçage, l'acquisition du nom du conjoint doit toujours être précédée de la "fama", car la stabilité du couple repose très largement sur l'excellente réputation de la femme. Sa renommée est d'abord liée à l'image qu'elle véhicule, à la dignité de son comportement social et aux rapports qu'elle entretient avec les tiers. Aussi est-ce toujours la notion de temps qui détermine l'octroi du nom de la femme placée.

Après la naissance d'un enfant et l'acquisition d'une certaine renommée, le nom de l'homme n'est attribué qu'à une seule femme, généralement la *fanm kay* (BASTIEN, 1961, p. 504). Mais le refus de celle-ci de porter le nom de son conjoint peut avoir des conséquences très graves, pouvant aller parfois jusqu'à la rupture des liens.

### I.A.2.c Le port de la bague

Signe d'engagement et marque de l'autorité maritale, le port de la bague paraît obligatoire pour la femme. Actuellement, cette ancienne pratique d'origine africaine revêt encore un caractère très important en Haïti, comme tendent à le confirmer les résultats d'une enquête réalisée en 2001: 73,28% des personnes interrogées des deux sexes en font toujours une obligation pour la femme. De toute évidence, ce geste révèle une portée culturelle très forte. Certains y voient un signe de respect conjugal (34,65%), tandis que d'autres considèrent qu'il s'agit davantage d'une preuve de fidélité (23,35%). Malgré le mutisme de la loi,

<sup>21</sup> "Chez le Fon (Dahomey), la femme ne perd même pas son nom de famille; bien plus, elle demeure si bien la propriété des siens qu'à sa mort – chose très importante dans les mœurs du pays – son corps est transporté au domicile paternel pour dormir son dernier sommeil aux côtés de ses pères" (QUENUM, 1999, p. 110).

<sup>22</sup> Aux Antilles, le fuyard était appelé marron ou nègre marron (*negmarron*). Voyez notamment sur cette question: Fouchard (1972); Debien (1966, p. 3-43).

qu'il s'agisse du mariage ou du plaçage, le port de la bague tend à s'apparenter aujourd'hui à une obligation de faire; le refus de la femme de s'y conformer est généralement considéré comme une marque d'infidélité.

#### *I.A.2.d Le devoir de fidélité*

Le devoir de fidélité est absolu pour la femme. Il est exigé dès la promesse officielle et toute entorse peut conduire à des sanctions. Comme en Afrique, il est la contrepartie de la dot versée (BASTIEN, 1961, p. 506). Or, dans les sociétés où l'écrit n'existe pas, la parole donnée a toujours valeur de contrat, d'où l'importance toute particulière attachée à la fidélité.

Dès l'enfance, l'éducation des filles est orientée vers le respect du devoir de fidélité et un dévouement inconditionnel à l'égard du futur conjoint. Les jeunes filles faisant très tôt l'objet d'une étroite surveillance, ce type de contrôle ne pouvait manquer d'avoir ensuite des répercussions sur leur comportement conjugal.

Durant le plaçage, la fidélité interdit toute relation sexuelle avec une personne étrangère à l'union. Exigée de chacun des membres du couple, elle est néanmoins discriminatoire envers la femme. Celle-ci ne bénéficie en effet d'aucune excuse: ni les absences du conjoint, ni même son impuissance ne peuvent atténuer l'infidélité, même passagère, de la femme, ce qui peut avoir de graves conséquences. Les sanctions touchent à la fois la femme et sa famille: elles vont de l'envoi de messages, en passant par des sévices contre la femme, voire parfois son humiliation (COLLOT, 2003, p. 56). Dans cette logique s'inscrivent les sanctions très sévères appliquées par celui qui ne trouve pas sa femme vierge le soir des noc<sup>23</sup>, l'absence de virginité pouvant alors conduire à un déclassement de la *fanm kay* (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 85-86).

D'une manière générale, la coutume haïtienne continue de reproduire cette tendance discriminatoire dans le traitement de l'infidélité féminine: la polygynie demeurant la norme<sup>24</sup>, la polyandrie ne saurait en effet trouver sa place dans la société traditionnelle, tout particulièrement en milieu rural. Aussi, dans les cas extrêmes la violation du devoir de fidélité peut-elle aller jusqu'à la rupture du lien.

<sup>23</sup> Au Dahomey, chez les Fons, la jeune fille qui a eu des relations sexuelles avant le mariage est rigoureusement punie ainsi que son séducteur (voyez sur ce point QUENUM, 1999, p. 107-108).

<sup>24</sup> Au début des années 1960, Paul Moral indique qu'entre 26 et 50 ans il y a, en moyenne, 58 femmes pour 42 hommes sur 100 individus placés. Cette proportion encore très forte, explique-t-il, atteste la vigueur de la tradition coloniale (MORAL, 1961, p. 174).

## I.B Dissolution du Plaçage

Dans son essence, le plaçage n'est pas une union indissoluble: lorsqu'il y a mésentente entre les conjoints, l'initiative de la rupture émane régulièrement de l'homme, mais la femme peut également saisir le conseil de famille, aux fins d'obtenir le rétablissement de ses droits et retrouver des conditions de vie décentes. Assez souvent, les circonstances de la rupture relèvent de la constatation d'un fait matériel [abandon du foyer, sévices ou mauvais traitements, absence ou adultère (VIEUX, 1989, p. 169-170)], mais dans la très grande majorité des cas, l'union prend fin avec la mort de l'un des conjoints. Après le décès de l'homme, seule la femme habitant la maison principale (en principe la *fanm kay*) fait alors figure de veuve; elle porte le deuil pendant douze ou vingt-quatre mois, comme tous les enfants du défunt, indépendamment du lit dont ils sont issus; les autres femmes observent également le deuil, mais seulement pour une durée "raisonnable". En milieu rural, l'organisation de la tutelle revient de plein droit à la mère qui exerce la *patria potestas*, conjointement avec l'oncle maternel; l'oncle paternel pouvant, à l'occasion, exercer un simple droit de regard.

La rupture est le plus souvent volontaire (1). Elle entraîne des conséquences pour le conjoint comme pour les enfants, qui varient selon les circonstances (2).

### I.B.1 Les cas de rupture volontaire ("kite")

Dans les cas de rupture volontaire, l'initiative peut émaner de chacun des conjoints. Quand elle vient de la femme (a), elle s'apparente le plus souvent à un moyen de pression de nature comminatoire. Lorsqu'elle émane de l'homme (b), elle résulte soit de la répudiation, soit de l'adultère de la femme.

#### I.B.1.a Rupture à l'initiative de la femme

Dans la majorité des cas, lorsque la femme fait état d'un grief, elle le porte devant un conseil de famille afin d'obtenir le respect des exigences coutumières. Mais cette règle souffre néanmoins quelques exceptions: lorsqu'elle quitte le domicile conjugal pour convenance personnelle ou à la suite de mauvais traitements. L'issue est en principe la dissolution du lien de plaçage.



*I.B.1.a.a L'abandon du foyer*

Dans sa version initiale, l'article 198 du Code civil de 1825 permettait de retenir comme cause de divorce l'abandon du domicile conjugal par la femme: "La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider [...]". Mais cette disposition discriminatoire a finalement été abrogée par l'article 7 du décret-loi du 8 octobre 1982 (HAÏTI, 1993, p. 75), qui révisé le statut de la femme mariée et marque un tournant dans l'instauration de l'égalité entre les hommes et les femmes.

En droit coutumier l'abandon du foyer par le "mari" est également reconnu, mais, en y regardant de plus près, on s'aperçoit que la coutume est fort peu complaisante à l'égard de la femme qui abandonne le toit familial pour des motifs de convenance personnelle.

Lorsque les reproches invoqués par la femme sont justifiés, l'homme entreprend le plus souvent une démarche auprès de sa belle-famille pour faciliter une réconciliation et permettre la reprise de la vie commune. Mais les pouvoirs dévolus à ce conseil de famille sont en réalité purement consultatifs: aucun pouvoir de coercition ne lui étant reconnu, le succès ou l'échec de cette démarche dépend presque exclusivement de la décision prise par la femme. En cas d'échec, lorsque celle-ci est résolue, elle emporte ses effets et dans la plupart des cas va trouver refuge chez ses parents pour échapper à d'éventuelles pressions. Mais cette forme de rupture demeure exceptionnelle, en raison des conséquences matérielles extrêmement lourdes qu'elle ne saurait manquer d'entraîner (VIEUX, 1989, p. 172).

La rupture pour des motifs valables s'apparente toujours à une demande de divorce intentée aux torts exclusifs du "mari"; dans l'hypothèse inverse, la rupture s'interprète comme une répudiation de l'homme par la femme. Mais l'acceptation de l'homme n'équivaut jamais à un consentement mutuel. Bien au contraire, les effets patrimoniaux désavantageux pour la femme transforment aussitôt la rupture en sanction. Dans la très grande majorité des cas et ce quels que soient les motifs, l'abandon de domicile se retourne presque toujours contre la femme.

*I.B.1.a.b Sévices ou mauvais traitements*

Comme dans le Code de 1804, l'autorité de l'homme sur la femme demeure au cœur des relations du couple. En Haïti comme en France, la notion de sévices

semble surtout se rapporter aux mauvais traitements<sup>25</sup>, mais encore convient-il d'évaluer la gravité des faits. Or, les critères d'évaluation étant par nature entachés de subjectivité, les sévices doivent apparaître comme arbitraires, répétés, fréquents et portant atteinte à l'intégrité corporelle de la femme pour pouvoir être pris en compte. La rupture se justifie également par la violation du devoir de protection auquel l'homme est juridiquement tenu.

Mais la liberté de manœuvre de la femme s'avère purement théorique: l'habitation appartenant à l'homme, la femme se trouve presque toujours dans l'obligation d'abandonner le toit familial; or, en prenant seule l'initiative de la rupture, elle perd du même coup les dédommagements auxquels elle pourrait prétendre. La seule prérogative (extrapatrimoniale) dont elle pourrait éventuellement se prévaloir concerne la garde des enfants, mais, là encore, celle-ci n'est le plus souvent qu'artificielle. La plupart du temps, en effet, la femme se trouve contrainte d'y renoncer dans l'intérêt des enfants.

En droit coutumier, l'absence de témoignages ou d'interventions de tierces personnes rendant souvent caduc le droit de la femme à des dédommagements, celle-ci n'a généralement d'autre issue que d'intenter une action devant les juridictions répressives (VIEUX, 1989, p. 173-175). Mais ces voies de droit sont extrêmement rares en droit haïtien.

#### *I.B.1.a.c L'éloignement ou l'absence de l'homme*

Dans ce cas de figure, la coutume n'établit aucune différence entre l'éloignement et l'absence: la femme ne peut donc pas obtenir la dissolution du lien du seul fait de ces motifs. Le nomadisme étant de l'essence même du plaçage, la coutume considère toujours l'éloignement du "mari" comme temporaire.

En droit écrit, l'absence s'entend de l'état d'une personne dont on ignore ce qu'elle est devenue: elle a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence depuis au moins une année, sans que l'on ait eu par la suite de ses nouvelles (C. civ., art. 102) (HAÏTI, 1993, p. 44). Or, en Haïti, on ne rencontre rien de tel dans la coutume. Dans un pays où les difficultés de communication paraissent souvent insurmontables, il semble en effet malvenu de considérer à l'instar de certaines coutumes africaines (NKOUEUNDJIN-YOTNDA, 1975, p. 191, n. 364) le silence de l'homme comme une volonté de répudiation. Aussi l'éloignement prolongé du "mari" (pour des motifs économiques) ne saurait-il

<sup>25</sup> Ils doivent être intentionnels et émaner d'une personne responsable de ses actes (C. civ., art. 217).

être interprété comme une transgression du devoir de cohabitation. D'un point de vue juridique, l'absence est presque toujours assimilée à un cas de force majeure. Elle résulte, pense-t-on, de l'impératif alimentaire.

L'existence d'enfants contribue également au maintien du lien. Ainsi, en milieu rural, la pérennité du lien trouve-t-elle en partie sa source dans l'esprit communautaire et la solidarité naturelle entre la mère et sa descendance, à la différence des zones urbaines, où une absence prolongée équivaut presque toujours à une séparation de fait, une rupture implicite de la vie commune, voire à un abandon de famille lorsque l'homme cesse de contribuer aux charges du ménage. En cela, la coutume diffère ostensiblement du droit écrit, lequel admet l'absence comme cause de dissolution depuis le décret du 22 décembre 1977 (PASCAL-TROUILLOT; TROUILLOT, 1978, p. 374-376). Enfin, à l'opposé du droit écrit, la condamnation à une peine afflictive et infamante (C. civ., art. 218) ne conduit pas à la dissolution du plaçage (VIEUX, 1989, p. 177).

### **I.B.1.b Rupture à l'initiative de l'homme**

La rupture à l'initiative de l'homme repose toujours sur des motifs différents de ceux retenus pour la femme. La décision de l'homme a pour objet soit la répudiation, soit encore l'adultère de la femme.

#### *I.B.1.b.a La répudiation de la femme*

La coutume autorise la dissolution du plaçage par la répudiation de la femme, de manière unilatérale et sans aucune justification. L'incompatibilité des idiosyncrasies en constitue parfois le motif: l'homme invite alors la femme à quitter l'habitation familiale, par une attitude ferme et déterminée, en utilisant son pouvoir hiérarchique et en invoquant les titres qu'il détient sur l'habitat conjugal. Mais, la plupart du temps, cette décision n'est que temporaire. Il ne s'agit pas alors d'une véritable dissolution, mais davantage d'une sorte de séparation de fait qui ne présente pas de caractère définitif. Nous avons ici affaire à un compromis et non à une sanction.

Cette façon de procéder présente toutefois l'inconvénient de n'offrir que fort peu de garanties à la femme. Le plaçage s'apparente alors à une sorte de contrat

à durée indéterminée, révocable à tout moment et sans préavis, plongeant la femme dans une certaine précarité. Mais afin de prévenir des abus, la coutume fixe certaines conditions: l'homme doit jouir de toutes ses facultés et la femme être capable, physiquement et matériellement, de faire face aux épreuves qui l'attendent; enfin, le "mari" doit verser des compensations en abandonnant tout ou partie de la récolte, parfois quelques meubles, voire encore la jouissance de l'exploitation.

La femme-mère peut également recourir à la médiation de ses beaux-parents et provoquer la réunion d'un conseil de famille. Mais à condition toutefois que la rupture n'ait pas pour origine l'adultère.

#### *I.B.1.b.b L'adultère de la femme*

Au XVIII<sup>e</sup> siècle déjà, Moreau de Saint-Méry fait observer qu'à Saint-Domingue "tous les Africains sont [...] jaloux" (MOREAU DE SAINT-MÉRY, 2004, p. 57)<sup>26</sup>. "Les nègres, explique-t-il, maltraitent violemment les négresses qui les trompent ou qu'ils soupçonnent de les avoir trompés, et il en est parmi celles-ci que ces mauvais traitements attachent encore, lors même qu'ils ne les dégoûtent pas d'être infidèles" (VILLENEUVE, 1814, p. 37).

Or, malgré l'Indépendance d'Haïti, peu de choses semblent avoir évolué en ce domaine. L'homme demeurant en effet très exigeant sur la fidélité que lui doivent ses différentes femmes, les châtiments corporels susceptibles de leur être infligés sont habituellement très sévères (COLLOT, 2003, p. 56). De sorte qu'en milieu rural, l'adultère de la femme représente très souvent une cause de rupture et de dissolution du plaçage (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 88). À la différence des centres urbains, plus ouverts sur la modernité, où la question a beaucoup perdu de son acuité et même de sa signification.

Lorsque la femme est suspectée d'infidélité, la coutume autorise des modes de preuve irrationnels que d'aucuns disent empruntés aux anciennes croyances africaines. Elle peut alors être soumise, en milieu rural, "à une épreuve susceptible de compromettre sa santé, jusqu'à mettre en péril sa vie et celle de son complice" (COLLOT, 2003, p. 57). Dans le Nord de l'Île et notamment à Labadie<sup>27</sup>, des hommes détiendraient des secrets pour contraindre la femme

<sup>26</sup> En Afrique, chez les Ouolofs, "Le vol, l'adultère (et) le meurtre sont punis de l'esclavage" (VILLENEUVE, 1814, p. 18).

<sup>27</sup> Labadie (en anglais: *Labadee*) est aujourd'hui une station balnéaire privée située sur la côte septentrionale d'Haïti. Elle tient son nom du marquis de La Badie, qui s'était établi dans l'Île au XVII<sup>e</sup> siècle.

à déclarer sa faute. Ces moyens de preuve, fortement emprunts de mysticisme africain, d'animisme et de vaudou, ne sont pas sans rappeler l'épreuve du sang ("succion") utilisée pour prouver la paternité et dont nous parlerons un peu plus loin.

Mais depuis la réforme de 1982, le Code civil et la coutume sanctionnent l'adultère avec d'importantes différences (cf. PASCAL-TROUILLOT, 1983, p. 26 ss.). Ainsi le droit écrit condamne-t-il l'adultère comme manquement au principe d'exclusivité des rapports entre les conjoints, mais sans introduire, comme avant 1982<sup>28</sup>, de discrimination entre l'homme et la femme, alors qu'en droit coutumier, du fait de la polygamie, l'adultère présente presque toujours un caractère unilatéral. Mais avec toutefois cette nuance que la coutume a toujours fait montre d'une certaine sévérité à l'égard de l'homme, lorsque celui-ci consomme l'adultère sous le toit conjugal.

S'il est vrai que la coutume sanctionne l'adultère de la femme, cette sanction n'est cependant ni automatique, ni même obligatoire: laissée à l'entière discrétion du "mari", celui-ci peut en effet décider de l'ignorer, lui préférant une séparation temporaire ou, parfois, la rupture définitive de l'union. Mais s'il décide d'opter pour la rupture, celle-ci sera alors effective et sans appel. Sur ce point, la rapidité de la procédure coutumière contraste singulièrement avec les règles du divorce pour faute figurant dans le droit écrit.

Mais avec l'évolution des mœurs et l'interpénétration des comportements entre les zones urbaines et le milieu rural, on assiste de plus en plus à un fléchissement des liens du groupe. Aujourd'hui, la rupture du plaçage pour cause d'adultère de la femme paraît de moins en moins évidente: le mur de la vie privée, la crainte du scandale et l'intérêt des enfants sont autant de raisons qui font hésiter l'homme à employer cette solution radicale dont les effets peuvent être dramatiques.

### ***1.B.2 Les effets de la rupture***

Les effets de la dissolution dépendent essentiellement du caractère involontaire (a) ou volontaire (b) de la rupture. Elles varient également selon le conjoint qui en est à l'origine.

<sup>28</sup> La Cour de cassation haïtienne a longtemps considéré que de simples présomptions suffisaient pour faire condamner la femme au motif d'adultère (Cass. Civ. Port-au-Prince, 27 juillet 1944, cité par P. F. LEMOINE in "L'adultère, un délit correctionnel illégitime et ignoble", communication dactylographiée, p. 4).

### I.B.2.a En cas de rupture involontaire

Le droit coutumier n'a prévu aucune disposition particulière concernant le décès de la femme, et pas davantage à propos du décès accidentel résultant du fait d'un tiers, les tribunaux n'ayant, semble-t-il, jamais eu à se prononcer sur cette question (VIEUX, 1989, p. 183). La coutume s'intéresse presque exclusivement au cas du "mari" et à ses conséquences, à la fois pour la veuve et les enfants.

#### I.B.2.a.a Situation des veuves

C'est en principe à la *fanm kay* qu'il revient d'organiser les funérailles et d'en assumer la charge, avec la contribution éventuelle de la famille du défunt et des *fanm deyò* (les autres femmes) lorsque la femme principale n'en a pas les moyens (BASTIEN, 1961, p. 484). Il s'agit là d'une obligation qui tient essentiellement à la nature du lien. Obligation à laquelle il faut ajouter l'observation d'un délai de viduité, assez proche de celui de l'article 213 du Code civil<sup>29</sup>, dont l'existence trouve sa justification dans le respect dû à la mémoire du défunt et dans la nécessité de maintenir la veuve au domicile conjugal. La durée de ce délai, plus ou moins long, varie en fonction du rang de la femme: pour la *fanm kay*, il est généralement de 12 mois. Sa transgression expose la veuve à l'expulsion de l'habitation du *de cuius*. Ces règles, toujours observées en milieu rural, existent également dans les zones urbaines où l'on observe cependant un certain relâchement, dû en partie aux contraintes économiques qui pèsent localement sur les femmes.

En Haïti, les femmes n'étant pas intégrées à la famille du "mari", elles ne bénéficient en principe d'aucune vocation successorale. Mais, dans la pratique, cette mise à l'écart s'avère souvent plus théorique que réelle: outre un devoir d'entretien, la coutume oblige en effet les enfants à conserver à leur mère la jouissance de la terre, comme le traduit fort bien l'ancien dicton: "siw bay pitit mwen se mwen ou bay" ("ce que l'on donne à mes enfants c'est à moi qu'on le donne").

Ces mesures en faveur de la veuve révèlent que celle-ci bénéficie souvent d'une relative autonomie. Mais cette situation n'est toutefois rendue possible

<sup>29</sup> Art. 213: "La femme ne peut contracter un second mariage qu'après une année révolue depuis la dissolution du mariage précédent" (HAÏTI, 1993, p. 78).

que parce qu'il s'agit d'une rupture involontaire. Dans le cas d'une rupture volontaire, le schéma s'avère bien différent.

### *I.B.2.a.b Situation des enfants*

En droit coutumier, deux formes de parenté ont longtemps coexisté: la parenté biologique et une parenté spirituelle, laquelle se substitue fréquemment à la famille consanguine. Cette coutume, très répandue dans les "Amériques noires", notamment dans le Sud des États-Unis, aurait largement contribué à l'éclatement de la famille nucléaire (BASTIDE, 1973, p. 202). Elle offre en effet l'avantage de mieux protéger l'enfant, car les parents spirituels sont généralement issus de milieux plus aisés que ceux de la famille d'origine. Mais, avec le temps, ce système a fini par tomber en désuétude. Aussi l'autorité parentale échoit-elle depuis au conjoint survivant (VIEUX, 1989, p. 187). C'est l'une des raisons du maintien de la veuve dans l'habitation du *de cuius*: elle peut ainsi assurer l'éducation et la tutelle des enfants mineurs.

La répartition des biens entre les cohéritiers s'effectue généralement en deux temps. Lors du plaçage d'un garçon, le père lui attribue très souvent une part de l'exploitation familiale; cette avance d'hoirie est par nature irrévocable. Puis, dans une seconde étape, le père facilite l'établissement du jeune ménage en opérant la dévolution de sa succession au moyen d'un testament oral. Il exprime alors sa volonté devant témoins, afin de prévenir d'éventuels litiges entre ses héritiers (*cf.* LABISSIÈRE, 1982, p. 102; SALGADO, 1967, p. 80).

Mais l'exigence de l'égalité inscrite dans la coutume se heurte à différents obstacles qui viennent empêcher la mise en commun des terres: d'abord le nombre important d'héritiers, ensuite la difficulté du partage en parts égales et enfin le droit au maintien sur l'habitation dont bénéficie la veuve. Aussi est-ce à dessein, pour préserver l'unité de l'exploitation familiale, que les parents favorisent le plus souvent les garçons au détriment des filles (*cf.* LABISSIÈRE, 1982, p. 102; ROMAIN, 1971, p. 30). De sorte que, dans la pratique, le principe d'égalité des enfants dans la succession paternelle s'avère le plus souvent impossible à réaliser.

### **I.B.2.b En cas de rupture volontaire**

Lors de la rupture de l'union, le couple se trouve confronté à une série de problèmes touchant le sort des enfants dont il faut assurer la garde, l'entretien et l'éducation, mais également à la question des relations pécuniaires. L'urgence et la gravité des problèmes posés par le plaçage nécessitent alors une réponse rapide.

S'agissant de la garde des enfants, le droit coutumier ne prévoit ni sanction ni déchéance parentale. Les mesures prises sont toujours dictées par l'intérêt de l'enfant, dont la garde revient en principe au parent le plus apte: généralement à la mère et parfois au père, lorsqu'il s'agit d'un garçon. Mais en milieu rural, la garde peut également être confiée à un tiers par le conseil de famille, lorsque survient un désaccord entre les parties. La coutume attribue alors la garde à l'oncle paternel ou aux parrain et marraine, mais, quelles que soient les solutions adoptées, les obligations d'entretien incombant au père ne prendront fin qu'avec la majorité de l'enfant.

En cas d'abandon de l'un des conjoints, la législation civile héritée du code napoléonien ne reconnaît en principe aucun droit à la personne abandonnée, hormis le cas de rupture abusive caractérisée. Les biens reçus éventuellement par la femme lui restent alors à titre de libéralité. Sur ce point, le droit écrit adopte une position très éloignée de celle du droit coutumier, qui maintient des liens personnels même après la rupture de l'union.

Quand la rupture émane de l'homme à la suite d'un abandon injustifié, celui-ci se trouve alors tenu de laisser l'habitation à la femme, qui s'engage en retour à ne pas se replacer. Cette concession trouve sa justification dans des éléments d'ordre moral, comme l'existence d'enfants ou l'absence de culpabilité de la femme. Elle vise essentiellement à mettre celle-ci à l'abri du besoin en lui garantissant le bien-être matériel. Mais ce geste, conditionnel et unilatéral, n'en demeure pas moins discrétionnaire.

La donation faite à la femme porte sur la jouissance du bien et non sur la propriété, réservée aux enfants, lesquels sont tenus de conserver l'habitation après le décès du père, afin que leur mère puisse en bénéficier. Mais si d'aventure celle-ci décide de se replacer, marquant ainsi la rupture de l'union, elle perd aussitôt le bénéfice de cette gratification et la prise en charge de ses besoins incombe alors à son nouveau "mari" (VIEUX, 1989, p. 190-194). Deux adages populaires illustrent parfaitement cette situation: "Papa pitit ak manman pitit pa janm kite" ("les pères et mère d'enfant(s) ne se séparent jamais") et "Pitit se baton vieyes" ("l'enfant est le soutien des parents âgés"). Car, en Haïti, la



dépendance de l'enfant est totale: il entre pleinement dans la famille de son auteur et, pour ce faire, la coutume a prévu des mécanismes d'établissement de la filiation assez éloignés de ceux du droit civil.

## **II UN STATUT PERSONNEL EN MARGE DE LA LOI: LA FILIATION COUTUMIERE**

La place dévolue aux enfants dans le "mariage" coutumier nous oriente aussitôt vers une autre question, tout aussi fondamentale: celle des mécanismes d'établissement de la filiation. Or, tandis que le droit positif ignore l'enfant ne disposant pas d'une filiation légalement établie, la coutume, en revanche, le rattache dès sa naissance à la famille de ceux qui l'ont conçu. Mais en droit coutumier, son intégration dans la cellule familiale se heurte à une double difficulté: celle du mode de filiation (A) et celle du fondement de la filiation (B).

### **II.A Modèle Familial et Modes de Filiation**

Certaines sociétés, comme en Afrique, rattachent tantôt l'enfant à son père, tantôt à sa mère. Point crucial s'il en est dans l'étude de la filiation, puisqu'il met en évidence le rôle joué par chacun des parents dans sa relation à l'enfant. Or, sur ce point, la sociologie ne fournit aucune réponse véritablement satisfaisante. Elle propose en effet différents modes de filiation, mais sans toutefois trancher le débat: dans les pays de la zone Caraïbe (Antilles françaises, Jamaïque), le schéma familial des couples non mariés est assez souvent le modèle alternatif de la matrifocalité, mode d'organisation centré sur la mère et la famille maternelle, doublé parfois d'un système de filiation matrilineaire dont on trouverait la trace en Haïti. Mais, en réalité, rien ne semble encore établi: une autre thèse, celle de la filiation patrilinéaire (2), est également suggérée par la sociologie haïtienne contemporaine.

#### **II.A.1 Matrifocalité et matrilinearité**

Le débat sur l'origine des structures familiales caribéennes, jadis beaucoup trop ethnicisé et racialisé, semble s'orienter aujourd'hui vers une

autre forme d'explication: celle de la continuité africaine, de la "créolisation" (MULOT, 2013, p. 167). Les cultures créoles seraient le résultat non pas de la partition sociale entre Noirs et Blancs, mais de l'interpénétration lente et progressive de ces deux cultures, dans un contexte de forte domination d'un groupe sur un autre (voir plus particulièrement MINTZ; PRICE, 1976). Selon les partisans de cette théorie, très usitée chez les auteurs du XXe siècle (voyez sur cette question CHIVALLON, 2004), l'organisation familiale serait un mélange de la culture africaine et de la pratique du marronnage: comme en Afrique, les systèmes de parenté auraient tous été matrilineaires. Mais il ne s'agit là que d'une hypothèse, dictée le plus souvent par des considérations d'ordre politique et idéologique: l'enjeu, derrière ce positionnement, n'est rien moins en effet que la volonté de s'affirmer en tant que descendant d'esclaves et porteur d'une culture meurtrie par la colonisation (MULOT, 2013, p. 166).

Système très controversé depuis plusieurs décennies, parfois même présenté comme une illusion, la matrifocalité<sup>30</sup> peut être définie comme un type d'organisation familiale dans laquelle l'autorité sur la sphère domestique est essentiellement maternelle. Régulièrement observée dans les sociétés caribéennes post esclavagistes (BENOIST, 1975, p. 41), la famille matrifocale est décrite par Nancie L. Solien de González comme "un groupe de parenté co-résidentiel n'incluant pas la présence régulière d'un homme dans le rôle d'époux-père et à l'intérieur duquel les relations effectives et continues se font surtout entre parents de même sang" (SOLIEN DE GONZÁLEZ, 1969; SOLIEN DE GONZÁLEZ, 1965, p. 1.541-1.549). Le conjoint, le plus souvent de passage, rejoint la famille fondée par la femme mais sans jamais remettre en cause son autorité domestique.

Cette thèse de la matrifocalité est celle qu'adopte Jeanne Sylvain dans ses travaux sur la famille haïtienne: "dans le milieu rural, explique-t-elle, la mère est bien la première personne à qui incombe la responsabilité de nourrir et de vêtir ses enfants" (SYLVAIN, 1974, p. 26). Ce système, influencé par les origines africaines de la population, aurait surtout pour origine les fréquentes absences du père liées à l'exploitation du domaine (morcellement des terres) et à la polygamie: par nécessité la mère jouerait le rôle de chef de famille vis-à-vis des enfants. Pour certains auteurs, l'organisation familiale serait matrifocale et patrilinéaire chez les gens placés, alors que pour d'autres elle serait plutôt matrifocale et matrilineaire. Mais rien ne semble venir attester, loin s'en faut, cette dernière hypothèse. La théorie du foyer matrilineaire achoppe en effet sur plusieurs points essentiels, ce qui rend cette hypothèse fort peu vraisemblable.

<sup>30</sup> SMITH (1956) utilisa ce terme pour la première fois en 1956.

## **II.A.2 Patrilinearité et bilinéarité**

En milieu rural, les contraintes économiques et plus particulièrement la dispersion des terres obligent le “mari” à de longues et fréquentes absences. Une situation qui était sérieusement la thèse du caractère matrifocal des foyers issus du plaçage, dans un système de famille élargie (“lakou”) où règne un chef, un patriarche, le propriétaire du domaine qui assure une présence masculine et veille au bon fonctionnement de la communauté. Cependant, il faut bien se rendre à l’évidence, cette description ne correspond plus tout à fait à la situation actuelle: en raison de la disparition progressive des institutions traditionnelles et du développement de la famille nucléaire issue du plaçage, la cellule familiale s’organise dans une large mesure autour du père qui “représente traditionnellement la famille dans le monde extérieur” (RONCERAY, 1969, p. 24). L’unité familiale se nucléarise autour de lui, dans une étroite dépendance entre sa résidence, ses propriétés et le système de filiation<sup>31</sup>.

A priori, plusieurs critères paraissent corroborer la thèse du système patrilinéaire: comme bien souvent dans ce mode d’organisation, le principe d’exclusivité des relations sexuelles (la fidélité de la femme) permet d’identifier le géniteur de l’enfant; de même, la vocation de l’enfant à succéder à son père, le fait qu’il puisse porter son nom (ROMAIN, 1971, p. 11) ou que la mère soit reliée au père à travers l’enfant, tendent à renforcer l’hypothèse de la patrilinearité. Néanmoins, ces arguments paraissent insuffisants pour trancher la question d’une manière définitive, car l’enfant demeure étroitement associé à la famille de la mère.

Si la primauté du père semble effectivement incontestable, la coutume s’oriente plutôt vers un système de filiation bilinéaire: “L’ego hérite un peu des parents consanguins de son père et aussi un peu des parents consanguins correspondants de sa mère” (BASTIEN, 1961, p. 486 ss.). Le système n’est donc pas unilinéaire. Dès la naissance, l’enfant intègre la famille des deux branches, paternelle et maternelle, et la puissance parentale peut être exercée aussi bien par l’oncle maternel que par l’oncle paternel. Mais cette délégation d’autorité, conséquence des fréquentes absences du père, ne signifie pas que l’enfant ait perdu tout lien avec son géniteur: bien au contraire, en droit coutumier l’identification de l’enfant s’effectue d’abord par rapport à son père. Il y aurait

<sup>31</sup> Le sociologue haïtien Hubert de Roncerey (1969, p. 4) retient la thèse de la patrilinearité: En Haïti, précise-t-il, “dans le plaçage rural authentique, celui qui équivaut à un mariage stable, il est difficile de parler de matrifocalité. L’unité familiale s’isole physiquement sur les propriétés du mari, se nucléarise autour du père. La règle qui prévaut dans notre milieu est la résidence patrilocale [...] L’homme qui choisit une épouse [...] s’installe avec sa famille sur le domaine [...] dans le plaçage traditionnel, la famille est plutôt de type patriarcal.” cité in (VIEUX, 1989, p. 151).

donc en Haïti une prééminence de la patrilinéarité, ce qui porte à s'interroger sur les fondements de la filiation.

## II.B Fondements de la Filiation

Le droit civil haïtien distingue la preuve judiciaire de la preuve extra-judiciaire, distinction que n'établit pas la coutume pour laquelle toute filiation découle soit de la volonté des parents soit de la possession d'état, l'établissement du lien de filiation étant laissé à leur entière discrétion. Aussi l'enfant ne dispose-t-il d'aucune action, ni d'aucun moyen pour obtenir une réponse à une recherche de paternité ou de maternité (VIEUX, 1989, p. 152-153).

En milieu rural, l'identification sociale de l'enfant passant presque exclusivement par le père, la coutume accorde une place très importante à la filiation paternelle. Toute la question est alors de savoir par quels moyens elle peut être établie (1). Il existe pour cela toute une série de mécanismes, plus ou moins éloignés de ceux que l'on rencontre en droit positif, auxquels il faut ajouter de très anciennes croyances, héritées de l'empirisme et du mysticisme africain (2).

### II.B.1 Établissement de la filiation

En droit coutumier, l'établissement de la filiation maternelle ne soulève guère de difficultés. L'accouchement lie immédiatement l'enfant à sa mère: même en l'absence d'acte d'état-civil, le lien physiologique suffit à établir la preuve de la filiation. Or, la majorité des femmes accouchant à domicile<sup>32</sup>, par habitude ou en raison de l'éloignement des maternités, l'établissement de la filiation se trouve par conséquent réduit à sa plus simple expression: un fait naturel, un fait matériel notoire connu au moment où il se produit. Les abandons d'enfants sont

<sup>32</sup> 75% des accouchements réalisés en Haïti durant la période 2005-2006 ont été faits à domicile, généralement par des matrones (cf. *EMMUS-IV: Enquête Mortalité, Morbidité et Utilisation des Services* du Ministère de la Santé Publique et de la Population, Calverton, USA, janvier 2007, p. XXVIII; cité in "L'enfant à l'épreuve de la réalité haïtienne: Quelles actions pour lutter contre la séparation familiale et l'abandon?", *Secours islamique*, Janvier 2013, p. 14).

en principe très rares, mais la mortalité infantile s'avère très élevée<sup>33</sup>, surtout à la campagne<sup>34</sup>.

Mais qu'en est-il de l'établissement de la filiation paternelle? En ce domaine, la coutume se fonde tout à la fois sur la possession d'état (a) et sur la présomption de paternité (b).

### II.B.1.a Filiation par possession d'état

Dans le plaçage traditionnel, l'établissement de la paternité par possession d'état semble être la règle (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 90). Elle est déduite de la présence de trois éléments, le *nomen*, le *tractatus* et la *fama*, et ne peut être ni désavouée, ni remise en question: sauf exception résultant d'un conflit de normes entre la coutume et la règle écrite, les tiers ne disposent d'aucun moyen pour contester la filiation paternelle de l'enfant.

#### II.B.1.a.a Le nom (*nomen*)

A l'instar du nom gentilice porté jadis par les membres de la gens romaine, l'enfant prenait autrefois le nom du domaine de la famille de son père, le nom de cour ("lakou"), lui-même tiré du nom de l'aïeul fondateur ou des particularités du lieu (MONTALVO-DESPEIGNES, 1976, p. 81). Une pratique qui, peu à peu, tomba en désuétude lorsque se développa la famille nucléaire issue du plaçage. Dès lors, l'enfant ne porta plus que le patronyme de son géniteur, après que celui-ci l'a légalement reconnu. Mais il arrive néanmoins, dans certaines familles traditionnelles, que le nom d'un lointain aïeul – parfois celui d'un grand-père – soit attribué à l'enfant pour laisser à la postérité le souvenir d'une génération antérieure. Cette pratique, observée sur le Plateau

<sup>33</sup> On observe un taux de mortalité maternelle de l'ordre de 630 décès pour 100.000 naissances, et un taux de mortalité infantile de 57 décès pour 1.000 naissances (cf. *EMMUS-IV: Enquête Mortalité, Morbidité et Utilisation des Services* du Ministère de la Santé Publique et de la Population, Calverton, USA, janvier 2007, p. XXIX; cité in "L'enfant à l'épreuve de la réalité haïtienne: Quelles actions pour lutter contre la séparation familiale et l'abandon?", *Secours islamique*, Janvier 2013, p. 14).

<sup>34</sup> La mortalité infantile est plus faible en milieu urbain qu'en milieu rural: 58‰ contre 76‰ (cf. *EMMUS-IV: Enquête Mortalité, Morbidité et Utilisation des Services* du Ministère de la Santé Publique et de la Population, Calverton, USA, janvier 2007, p. XXIX; cité in "L'enfant à l'épreuve de la réalité haïtienne: Quelles actions pour lutter contre la séparation familiale et l'abandon?", *Secours islamique*, Janvier 2013, p. 14).

Central et dans divers départements, apparaît également comme une modalité d'application de la règle coutumière. Or, dans un milieu où domine l'oralité, mais aussi l'imprécision, et où la mémoire collective est souvent défaillante, l'attribution du nom peut être source de confusion (COLLOT, 2003, p. 51).

#### *II.B.1.a.b Le traitement (tractatus)*

L'attitude répétée du père envers l'enfant, le fait de l'avoir toujours traité comme tel caractérise la possession d'état, car elle souligne les liens étroits qui les unissent. Ainsi, use-t-il de son autorité à l'égard des enfants de la *fanm kay* – avec laquelle il a élu domicile – qu'il élève comme les siens et dont il assure l'entretien. Lors de ses fréquentes visites à ses *fanm deyò*, le père présumé intervient également pour régler les problèmes matériels relevant de sa compétence et répondre aux besoins de ses autres enfants, mais sans établir toutefois de discrimination entre ces derniers et ceux de la femme principale.

#### *II.B.1.a.c La réputation (fama)*

En milieu rural comme en zone urbaine, la forte promiscuité et la densité de population de certains lieux ("lakou-foumi"<sup>35</sup>) favorisent l'ancrage de la réputation de filiation: elle se fixe et se renforce par la commune renommée et se déduit du plaçage. La possession est avérée lorsque le lien de filiation a été reconnu par la communauté et les membres de la famille. Elle suppose le témoignage de personnes ayant personnellement constaté que le père présumé s'occupait effectivement de l'enfant et le considérait comme tel. En droit civil haïtien comme en droit français, la *fama* compte au nombre des éléments constitutifs de la possession d'état (C. civ., art. 300-301) (HAÏTI, 1993, p. 108-109).

Pour la coutume, les aveux du père, ses multiples interventions et ses marques d'attention sont les preuves évidentes de sa volonté de reconnaître l'enfant comme sien. Mais à côté de ce mode d'établissement de la filiation, il existe dans le plaçage une sorte de présomption de paternité, une autre manière de rattacher l'enfant à son père.

<sup>35</sup> "Lakou-foumi" est un terme créole utilisé pour désigner des zones d'habitation à très forte concentration de population. Mais le mot "lakou" a perdu son sens premier: il s'agit aujourd'hui d'une notion géographique, très éloignée de la notion sociologique traditionnelle.

### II.B.1.b Filiation par présomption

En droit positif, la filiation légitime résulte également d'une présomption de paternité, qui trouve son fondement dans la cohabitation, l'exclusivité sexuelle et l'absence de contestation de la part du "mari": pour avoir la qualité de légitime, l'enfant conçu ou né pendant le mariage doit avoir pour père le mari de la mère (C. civ., art. 293). Mais ces éléments sont-ils recevables dans le cas du plaçage?

#### II.B.1.b.a La cohabitation

En droit coutumier, il existe effectivement une sorte de présomption de paternité qui découle à la fois de la résidence de la femme et du lieu de naissance de l'enfant. A la campagne, l'enfant qui voit le jour sur la propriété de Monsieur X devient aussitôt l'enfant de celui-ci. Mais la présomption n'offre pas toujours le même coefficient de certitude: le degré de confiance est effectivement beaucoup plus élevé pour la *fanm kay* que pour les *fanm deyò*, qui vivent en principe éloignées de leur partenaire en ménage. Alors qu'en zone urbaine, du fait de la promiscuité et des conditions de vie particulièrement difficiles, la présomption se fonde moins sur le lieu de naissance et davantage sur la fidélité de la femme (VIEUX, 1989, p. 156-157).

#### II.B.1.b.b L'exclusivité sexuelle

Dans le plaçage, le devoir de fidélité est absolu pour la femme et quasi inexistant pour l'homme (VIEUX, 1989, p. 9-10). Une discrimination bien ancrée dans les mœurs, que combattent aujourd'hui les organisations féministes haïtiennes<sup>36</sup>. Or, si l'infidélité de la femme ne peut jamais être totalement exclue, elle demeure néanmoins assez exceptionnelle, tant les sanctions encourues sont

<sup>36</sup> Ces revendications visent au respect des droits de l'homme et plus particulièrement des droits de la femme. À cet effet, la Résolution 34/180 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 décembre 1975, ratifiée par Haïti le 8 juillet 1995, prescrit la modification des "schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières [...] fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes." (V. *Droits de l'homme en droit international*, 3.<sup>e</sup> éd., Conseil de l'Europe, 2007, p. 76).

grandes et la preuve de l'infidélité difficile à apporter. Une éventualité qui place le père dans une situation plutôt inconfortable. Soucieux de ne reconnaître que l'enfant dont la filiation est certaine, il ne saurait en effet accepter l'idée d'une paternité hypothétique. L'adage traditionnel "manman pa twompe, papa twompe" (COLLOT, 2003, p. 58) (le père est trompé, jamais la mère) illustre parfaitement ses craintes quant à une éventuelle confusion de paternité.

Les rapports entre gens placés reposant sur le principe d'exclusivité sexuelle, la légitimité de l'enfant s'appuie donc dans une très large mesure sur le comportement de la mère. Mais ce critère s'avère insuffisant, car un élément intentionnel participe à l'établissement du lien de filiation: la volonté tacite du partenaire de la mère et des personnes présentes lors de la naissance, qui ne doivent ni désavouer l'enfant, ni contester la paternité.

#### *II.B.1.b.c L'absence de contestation*

En milieu rural, la paternité prend généralement la forme d'un droit visant à pérenniser le nom patronymique du père et à faire prospérer l'exploitation familiale. Il est donc fréquent d'entendre à la campagne: "pitit se byen" ou "pitit se richès" ("un enfant est un bien", "un enfant représente une richesse"). Il est inconcevable, dans ces conditions, que l'on puisse jeter le discrédit sur l'enfant. Il ne viendrait à l'esprit de personne d'émettre des doutes concernant sa légitimité, car il s'agit toujours d'une question de survie. Il est par conséquent extrêmement rare que l'homme désavoue sa descendance (*cf.* LABISSIÈRE, 1982, p. 95-107): le silence du "mari" s'interprète le plus souvent comme un aveu tacite de reconnaissance; il assume la filiation, quitte à ne régulariser la situation de l'enfant que beaucoup plus tard. Car il n'ignore pas, en effet, que l'infidélité déclarée de sa partenaire contribuerait à jeter l'opprobre sur toute la famille.

Dans le plaçage traditionnel, la contestation de paternité est un procédé totalement inconnu. La délation semble ignorée par respect pour la vie privée et, pour cette raison, les tiers ne sauraient remettre en cause la légitimité de l'enfant, surtout lorsque le père lui-même n'a pas entrepris de démarche en ce sens. Après son décès, par respect pour sa mémoire, ses héritiers préfèrent également ne pas intervenir, afin de ne pas jeter le trouble au sein de la famille. Mais cette règle souffre néanmoins une exception lorsqu'une contestation survient lors de l'ouverture de la succession du père, après que celui-ci a contracté une union légale sans avoir préalablement reconnu ses autres enfants.



Depuis quelques années, en milieu rural comme en zone urbaine, chez les gens placés le “pays réel” tend à rejoindre le “pays légal”: évolution significative s’il en est, les parents acceptent de plus en plus souvent de reconnaître légalement leur descendance. Si aux yeux des couples placés la possession d’état renforce la filiation, ils sont désormais plus nombreux à la trouver insuffisante. Cette tendance, d’abord très marquée dans les zones à forte concentration de population, dans les villes principalement, gagne progressivement la campagne. Cette évolution tient à de multiples facteurs: une meilleure connaissance de la loi, la publicité entourant la reconnaissance, “l’honneur” de reconnaître l’enfant et surtout faciliter son intégration sociale, en particulier lors de sa scolarisation (VIEUX, 1989, p. 159-160).

Bien que cette nouvelle tendance ait effectivement contribué à la sociabilisation de l’enfant et permis aux familles d’intégrer la “modernité”, il n’en demeure pas moins qu’en milieu rural la coutume continue de recourir à des procédés empiriques fondés sur diverses croyances, d’anciennes superstitions souvent empruntées à la culture africaine (voyez sur cette question D’ALMEIDA ADAMON, 1997, p. 28-29).

### **II.B.2 Paternité mythique et superstitions coutumières (COLLOT, 2003, p. 58)**

Comme il a été dit plus haut, il est inconcevable, en milieu rural, que la filiation ne soit établie que du côté de la mère. Aussi la coutume s’intéresse-t-elle à la paternité et au lien qui unit le père à l’enfant, mais parfois sous une forme totalement inattendue, au moyen de procédés irrationnels, symptomatiques d’un esprit hermétique à la science: telle la théorie de la perdition (a), visant à établir la période de la conception, ou bien encore l’épreuve du sang (b) utilisée pour démontrer la paternité.

#### **II.B.2.a Théorie de la perdition (“pèdisyon”)**

Empruntée au droit romain, la théorie de l’*infans conceptus*<sup>37</sup> admet artificiellement l’existence des personnes physiques avant leur naissance, sous

<sup>37</sup> Il s’agit de la contraction de l’expression “*infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur*”: l’enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu’il pourra en tirer avantage. Cette formule, extraite de deux passages du Digeste de Justinien (1, 5, 7 & 50, 16, 231), est utilisée en droit positif (C. civ., art. 311 & 725) pour fixer la date de la conception de l’enfant et déterminer ses droits à succéder. (cf. GAURIER, 2017a, p. 32; GAURIER, 2017c, p. 2.395).

réserve d'être nées vivantes et viables entre le 180<sup>e</sup> et le 300<sup>e</sup> jour à compter de la date présumée de la conception<sup>38</sup>. Produit de l'observation scientifique<sup>39</sup>, cette règle de bon sens a acquis au fil du temps une portée universelle absolument incontournable, sous l'influence du Code civil napoléonien (art. 312 et 314). En Haïti, cette règle est celle des articles 295 et 296 du Code de 1825<sup>40</sup>. Mais son caractère absolutiste l'a rendue très rapidement impopulaire. Récusée par une grande majorité d'Haïtiens, elle déplait notamment aux femmes qui lui préfèrent traditionnellement une autre théorie également très ancienne, la "perdition" (COLLOT, 2003, p. 45-46; 58-59), véritable défi à l'*infans conceptus*, qui déplace artificiellement le point de départ de la personnalité juridique et crée une confusion de paternité contre la volonté du législateur.

La perdition consiste "en une perte de sang constatée chez une femme présumée enceinte, sans que soit affectée pour autant la vie ou l'existence du fœtus" (COLLOT, 2003, p. 45). Ce phénomène curieux, d'origine superstitieuse aurait pour effet d'interrompre le développement du fœtus, de prolonger la durée de la grossesse et de repousser l'accouchement. Il s'agit manifestement d'un mythe, d'une construction imaginaire qui échappe au raisonnement scientifique, dont la médecine se désintéresse totalement: les médecins ne voyant là qu'un phénomène naturel, probablement les règles menstruelles, témoignage d'un fonctionnement ovarien normal.

D'un point de vue subjectif, la compréhension de la perdition interpelle au premier chef le comportement de la femme supposée enceinte. Pour chacun des cas, il convient en effet de s'interroger sur la nature exacte du phénomène: sommes-nous en présence d'une grossesse médicalement constatée ou d'une aménorrhée passagère? Dans cette dernière hypothèse, il pourrait s'agir tout simplement d'une reprise normale des règles. La perdition ne serait alors qu'un leurre, une mystification destinée à berner les esprits crédules. Mais en réalité, tout cela ne présente que peu d'intérêt pour le juriste: l'essentiel n'est pas de savoir comment, mais plutôt de savoir pourquoi. Pour quelles raisons une partie de la population rurale accepte naïvement la perdition?

<sup>38</sup> S'inspirant d'Hippocrate, le jurisconsulte Paul regarde comme parfait l'enfant né au septième mois (D. 1, 5, 12). Ulpien ajoute que l'enfant né dix mois après la mort de son père n'est point admis à sa succession légitime (D. 38, 16, 3, 11). (cf. GAURIER, 2017a, p. 33; GAURIER, 2017b, II, p. 1.631).

<sup>39</sup> Consulté par les rédacteurs du Code civil, le médecin Fourcroy a fixé la durée de la conception entre le 186<sup>e</sup> et le 286<sup>e</sup> jour. Mais, afin de ne pas priver l'enfant légitime de ses droits, les rédacteurs ont préféré l'étendre entre le 180<sup>e</sup> et le 300<sup>e</sup> jour (FOURCROY, *Précis présenté au Conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, cité in LOCRÉ, Lég., VI, p. 50 ss.).

<sup>40</sup> Art. 295: "L'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration de ne savoir ou pouvoir signer, et si l'enfant n'est pas né viable"; Art. 296: "La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée".

Mythe ou réalité, peu importe, loin de perdre du terrain cette pratique semble toujours très présente en Haïti<sup>41</sup>. Par ce moyen, on reconnaît la paternité des hommes qui ont cessé toute relation avec la mère, ou sont décédés depuis plus d'un an. Cette solution, négociée ou non, permet à l'enfant illégitime de conserver des droits dans la famille de son père présomptif, mais elle va l'écarter de la succession de son père biologique, qui le traitera désormais comme un étranger. Bien qu'éloignée de la *ratio legis*, cette théorie s'inscrit dans une logique assez proche de celle de l'*infans conceptus*: dans les deux cas la règle prend la forme d'une fiction: l'adage romain fait présumer la naissance de l'enfant et la perte d'un an un allongement de la durée de la grossesse. Et dans l'un et l'autre cas, il s'agit de conserver les droits de l'enfant. Mais la comparaison s'arrête là. Nous sommes ici en présence d'une très ancienne pratique devenue une coutume *contra legem*.

La coutume haïtienne, très attachée aux droits de l'enfant mais empreinte d'archaïsme, donne de l'adage "tel père, tel fils" une interprétation toute particulière: un procédé empirique, l'épreuve du sang ("succion") (COLLOT, 2003, p. 58-59), permet d'établir un lien de filiation entre deux personnes, un père et son fils, avec les conséquences juridiques qui peuvent en résulter.

### II.B.2.b L'épreuve du sang ("succion")

En milieu rural, malgré les avancées de la médecine moderne et le développement des tests de paternité, les Haïtiens recourent plus volontiers à l'épreuve du sang qu'au test ADN, pourtant extrêmement fiable<sup>42</sup> au dire des experts. Ce procédé archaïque, marque d'un esprit fermé aux progrès de la science, présente surtout l'inconvénient de créer un espace favorable à la confusion de paternité. Néanmoins, aujourd'hui encore, cette solution conserve la faveur de la population: lors de l'enquête réalisée en 2001 par la Faculté de droit de Port-au-Prince (FDSE) à l'occasion du colloque international sur "La place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien", plus de 80% des personnes interrogées se sont prononcées en faveur de cette méthode.

"L'épreuve [...] consiste à faire sucer par le bébé le sang prélevé d'une blessure vive du mari de la mère, qu'il applique lui-même à la bouche de l'enfant ou sur ses lèvres au contact de la langue" (COLLOT, 2003, p. 59). Ensuite, si

<sup>41</sup> Lors de l'enquête réalisée en 2001 par la Faculté de droit de Port-au-Prince (FDSE), plus de 66,80% des personnes interrogées croient que la perte d'une femme peut durer plus de deux ans (COLLOT, 2003, p. 58).

<sup>42</sup> Les tests ADN offrent aujourd'hui une fiabilité de plus de 99,9%.

après avoir absorbé le sang l'enfant résiste et se maintient en vie, la filiation sera définitivement admise. Dans l'hypothèse inverse, la mort du nouveau-né constituera la preuve négative de la paternité recherchée.

\*\*\*

Une fois la filiation paternelle établie, le père bénéficiant de l'administration de la portion de biens détenue par son foyer, c'est à lui qu'échoit l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants. Pour ce faire, le législateur lui confère un pouvoir quasi absolu sur sa descendance, notamment un droit de correction lorsque celle-ci vit encore sous son toit. Une situation somme toute assez différente de celle observée dans la coutume, qui introduit un partage d'autorité au sein même de la famille. Cependant, tous les spécialistes ne s'accordent pas sur ce point, car les sources en la matière font souvent défaut: certains, comme Jacquelin Montalvo-Despeignes (1976, p. 82), estiment en effet que le père dispose d'un "pouvoir sans partage" sur toutes les personnes vivant dans son foyer; alors que d'autres, comme Serge-Henri Vieux (1989, p. 160), pensent au contraire qu'il n'a "jamais ni détenu, ni exercé un pouvoir absolu et exclusif sur ses enfants"; d'où l'impossibilité, dans ces conditions, de tirer des conclusions générales sur la question.

Pour tenir compte de l'évolution des mœurs, le législateur jugea utile, il y a trente-cinq ans, d'adapter la loi écrite aux réalités de la vie quotidienne: dans le cadre du processus d'émancipation de la femme, l'article 13 du décret-loi du 8 octobre 1982 remplaça la "puissance paternelle" par "l'autorité parentale" (C. civ., art. 314). Cette avancée sans précédent fut l'occasion de moderniser en profondeur le droit de la famille haïtien et d'ouvrir la voie à d'autres réformes, comme en attestent les changements introduits respectivement par les lois sur la filiation (12 avril 2012) et l'adoption (10 mai 2013). Mais l'implication de l'État dans cette partie du droit demeure encore très timide<sup>43</sup>.

En dépit de ces efforts de modernisation, la famille haïtienne conserve sa vocation protectrice des traditions ancestrales. Elle reste la gardienne des mœurs et à ce titre la coutume permet de compléter les dispositions du droit écrit. Souvent employée pour harmoniser les rapports de droit entre les personnes, exprimer certaines croyances, résoudre un problème, la règle coutumière continue d'être appliquée à l'échelle nationale et bénéficie de la faveur de la population. Elle supplée au mutisme de la loi, inspire parfois le législateur et même, dans quelques cas rarissimes, s'oppose à lui. Mais en règle générale,

<sup>43</sup> Le Projet de loi sur "la Paternité, la Maternité et la Filiation", une réforme essentielle qui donna lieu à de multiples controverses, n'a pu aboutir que tardivement après d'interminables discussions. Adoptée par la Chambre des Députés le 10 mai 2010 et par le Sénat le 12 avril 2012, la loi sera finalement publiée au Journal officiel de la République le 4 juin 2014. Mais à ce jour, aucune campagne de sensibilisation n'a été entreprise pour permettre à la population et aux acteurs concernés de mesurer l'impact de cette réforme.

ces normes coexistent dans un rapport de complémentarité. Sous l'influence de la culture, à travers l'organisation de "lakou", mais également du plaçage, la famille n'a jamais cessé d'osciller entre les deux systèmes de régulation formelle et informelle.

## RÉFÉRENCES

- ALEXIS, Jacques Stephen. **Compère general soleil**. Paris: Gallimard, 1982.
- ANNUAIRE DE L'ARCHIDIOCESE DE PORT-AU-PRINCE ET DU DIOCESE DES GONAÏVES. Port-au-Prince: L'État, 1939.
- BASTIDE, Roger. **Les Amériques noires**. 2.<sup>e</sup> éd. Paris: Payot, 1973.
- BASTIEN, Remy. Haïtian rural family organization. In: **Social and Economic Studies**, Kingston (Jamaica), Ed. Sir Arthur Lewis Institute of Social and Economic Studies, University of the West Indies, v. 10, n. 4, p. 478-510, 1961.
- BELLEGARDE, Dantes. **Histoire du peuple haïtien, 1492-1952**. Port-au-Prince: Held, 1953.
- BENOIST, Jean. **Les sociétés antillaises**: étude anthropologique. Montréal: Centre de Recherches de l' Université du Québec à Montréal, 1975.
- BONAMY, A. In: **Revue de la Société de Législation**, v. 3, Port-au-Prince, Ed. Amblard, 1894.
- CHIVALLON, Christine. **La diaspora noire des Amériques**: expériences et théories à partir de la Caraïbe. Paris: CNRS, 2004. (Collection Espaces et Milieux).
- COLLOT, Gélin I. In: De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien: bilan et perspectives à la lumière du droit comparé: actes du colloque des 29-30 novembre 2001. Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble (PUG), 2003.
- D'ALMEIDA ADAMON, Grace Antonia Benoite. **Coutumes ancestrales et droits de la femme au Bénin**. Cotonou (République du Bénin): Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), mars 1997.
- DARTIGUE, Maurice. **Conditions rurales en Haïti**. Port-au-Prince: D'État, 1938.
- DEBIEN, Gabriel. Le marronage aux Antilles françaises au XVIII<sup>e</sup> siècle. In: **Caribbean Studies**, San Juan (PR), Ed. Institute of Caribbean Studies, UPR, Rio Piedras Campus, v. 6, n. 3, p. 3-43, 1966.

DESPINOS, Kiria. L'autonomie professionnelle à l'épreuve de la vie en couple: étude du droit haïtien à la lumière du droit français. 2014. (Thèse droit)–École Doctorale Sciences Juridiques. Grenoble, 2014.

FOUCHARD, Jean. **Histoire d'Haïti, 1492-1803**. t. I. Port-au-Prince: Deschamps, 2017.

FOUCHARD, Jean. **Les marrons de la liberté**. Paris: L'École, 1972.

GAURIER, Dominique. **Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien**. t. I. Paris: La Mémoire du Droit, 2017a.

GAURIER, Dominique. **Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien**. t. II. Paris: La Mémoire du Droit, 2017b.

GAURIER, Dominique. **Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien**. t. III. Paris: La Mémoire du Droit, 2017c.

HAÏTI. Code civil Haïtien. t. I. Port-au-Prince, 1993. Annoté et mis à jour par Me Menan PIERRE-LOUIS.

JUSTIN, Joseph. **De la nationalité en Haïti**. Port-au-Prince: L'Abeille, 1905.

LABISSIÈRE, P. C. **Le droit de la famille en milieu rural haïtien**. Port-au-Prince, 1982.

LONGTIN, David. La violence faite aux femmes en Haïti: entre le réseau (inter)national d'assistance et la représentation des organisations féministes haïtiennes (1991-2008). 2010. Mémoire (Maîtrise en Science Politique)–Université du Québec à Montréal, Montréal (Québec, Canada), 2010.

LOUIS, Michel Salmador. Introduction au problème du plaçage en Haïti. In: **Les Cahiers du CHISS**, Port-au-Prince, Ed. Centre Haïtien d'Investigation en Sciences Sociales, v. 3, 1968.

LOUIS-JOSEPH, Christian. L'esclave, le maître et le marchand: l'économie du sucre aux Antilles françaises. 1982. Thèse (Sciences Économiques)–Université de Grenoble, 1982.

MAGLOIRE, Danièle. La violence à l'égard des femmes: une violation. In: **Chemins Critiques**, v. 5, 2004.

MÉTRAUX, Alfred. **Le vaudou haïtien**. Paris: Gallimard, 1958.

MINTZ, Sidney Wilfred; PRICE, Richard. **An anthropological approach to the afro-american past: a caribbean perspective**. Philadelphia: Institute for the Study of Human Issues, 1976.

MONTALVO-DESPEIGNES, Jacquelin. **Le droit informel haïtien**. Paris: Presses Universitaires de France, 1976. (Préf. de Jean Carbonnier).

- MORAL, Paul. **Le paysan haïtien**. Paris: Maisonneuve & Larose, 1961.
- MORAL, Paul. **Le paysan haïtien**: étude sur la vie rurale en Haïti. Port-au-Prince: Fardin, 1978.
- MOREAU DE SAINT-MERY, Mederic Louis Elie. **Description topographique, physique, civile, politique et historique de la partie française de l'isle Saint-Domingue**. t. I. 4.<sup>e</sup> éd., Saint-Denis: Société Française d'Histoire d'Outre-Mer, 2004.
- MULOT, Stéphanie. La matrifocalité caribéenne n'est pas un mirage créole. In: **L'Homme**, Aubervilliers, Ed. Ehess, v. 207-208, p. 159-191, 2013.
- MWISSA, Camille Kuyu. Parenté et famille en Haïti: les héritages africains. In: **Africultures**, Paris, Ed. L'Harmattan, v. 58, n. 1, p. 161-168, 2004.
- NIORT, Jean-François. La condition des libres de couleur aux Îles du vent, XVIIe-XIXe siècles: ressources et limites d'un système ségrégationniste. In: **Bulletin de la Société d'histoire de la Guadeloupe (BSHG)**, Pointe-à-Pitre (Guadaloupe), Ed. Centre d'Analyse Géopolitique et Internationale, n. 131, janvier-avril 2002.
- NKOUENDJIN-YOTNDA, Maurice. **Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille**. Paris: LGDJ, 1975. (Préface de Marcel Nguini) (*Bibliothèque Africaine et Malgache*, 25).
- PASCAL-TROUILLOT, Ertha. **Analyse de la législation révisant le statut de la femme mariée**: le décret du 8 octobre 1982 et le Code civil: avec un index alphabétique et lexical et la reproduction du décret du 8 octobre 1982. Port-au-Prince: Deschamps, 1983.
- PASCAL-TROUILLOT, Ertha; TROUILLOT, Ernst. **Code de lois usuelles**. Port-au-Prince: Deschamps, 1978.
- PASCAL-TROUILLOT, Ertha; TROUILLOT, Ernst. **Encyclopédie biographique d'Haïti**. t. I. Port-au-Prince: SEMIS, 2001.
- PÉROL, Jean. **La Nouvelle-Orléans**. Paris: Champ Vallon, 1992.
- PLUCHON, Pierre. **Toussaint Louverture**: un révolutionnaire noir d'ancien régime. Paris: Fayard, 1989.
- PRICE-MARS, Jean. **Ainsi parla l'oncle**: essais d'ethnographie. [Haïti]: Compiègne, 1929.
- QUENUM, Maximilien. **Au pays des fons**: us et coutumes du Dahomey. Paris: Maisonneuve & Larose, 1999.
- RIGAUD, Milo. **La tradition voodoo et le voodoo haïtien**: son temple, ses mystères, sa magie. 2.<sup>e</sup> éd. Port-au-Prince: Fardin, 2015.

ROMAIN, Jean-Baptiste. **Anthropologie physique des haïtiens**. Port-au-Prince: Séminaire Adventiste, 1971.

ROMAIN, Jean-Baptiste. **Quelques mœurs et coutumes des paysans haïtiens**. Port-au-Prince: L'État, 1959.

RONCERAY, Hubert de. Le changement social dans les familles haïtiennes. In: **Les Cahiers du CHISS**, Port-au-Prince, Imp. Centrale, v. 4, 1969.

SALA-MOLINS, Louis. **Le code noir ou le calvaire de Canaan**. Paris: PUF, 1987.

SALGADO, Antoine. **Problèmes de succession dans l'arrière-pays**. Port-au-Prince: La Phalange, 1967.

SMITH, Raymond T. **The negro family in British Guiana**: family structure and social status in the villages. London: Routledge & Kegan, 1956.

SOLIEN DE GONZÁLEZ, Nancie L. **Black Carib household structure**: a study of migration and modernization. Seattle: University of Washington Press, 1969.

SOLIEN DE GONZÁLEZ, Nancie L. The consanguineal household and matrifocality. In: **American Anthropologist**, Arlington (Hopewell, Virginia, USA), Ed. American Anthropological Association, v. 67, n. 6, 1965.

SYLVAIN, Jeanne. Notes sur la famille haïtienne. In: **Conjonctions**, v. 124, 1974.

VIEUX, Serge-Henri. **Le plaçage**: droit coutumier et famille en Haïti. Paris: Publisud, 1989. (préface de François Terré).

VILLENEUVE, René Claude Geoffroy de. **L'Afrique, ou histoire, mœurs, usages et coutumes des africains**: le Sénégal. t. 4. Paris: Nepveu, 1814.

Submissão em: 30 de setembro de 2022

Último Parecer favorável em: 28 de outubro de 2022

### Como citar este artigo científico

LASSARD, Yves. Droit coutumier familial haïtien: un héritage pluriséculaire. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 347-383, set.-dez. 2022.





Kaptan  
Мастер  
Maestría  
Magister  
Magisterský  
Mağistra  
Magistri Omad  
Magistro  
Maighstir  
Máistir  
Maîtrise  
Mästare  
Майстар  
Магистра  
Магистратура  
Master  
Màster  
Masteri  
Master's  
Meeschter Ass  
Meistarar  
Meister  
Meistr  
Mestarin  
Mester  
Mestere  
Mistrzyni  
Mojstrski  
Studii de Masterat  
Učiteljska  
Usta  
Учителски  
Δάσκαλος

**MESTRAADO**

## **MODIFICAÇÕES CAPITAIS NA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS, FEITAS PELA LEI 14.382, DE 27-6-2022**

**WALDIR DE PINHO VELOSO<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

**A** Lei 6.015, de 31-12-1973, ao completar meio século da sua redação, estava carente de uma adaptação aos tempos mais modernos. Na qualidade de Lei Orgânica dos Serviços de Registros, os antigos cartórios, essa Lei precisava de uma renovação em seu corpo, para contemplar o uso da inteligência artificial, fazer acelerar os serviços prestados ao público e favorecer ao público com dados mais facilmente acessíveis de qualquer parte do Brasil. Considerando especialmente que os registros públicos regem a cidadania e são origem de todos os demais documentos pessoais, além de registrar as associações civis, as empresas e todos os imóveis em suas diversas dimensões – o que inclui as garantias que os imóveis fornecem aos seus proprietários em empréstimos e financiamentos – a legislação que domina o tema deve estar preparada para se adaptar aos tempos que se passam. A Lei 14.382, de 27-6-2022, veio trazer essas modificações, adaptar a Lei 6.015, de 31-12-1973, ao século da tecnologia da inteligência e colocar as Serventias Extrajudiciais em condições de se armar do presente para chegar, firme, ao futuro. Muitas são as modificações que a Lei dos Registros Público recebeu. Neste artigo, estão citadas as mais imponentes.

**Palavras-chave:** Lei dos Registros Públicos. Cartórios. Serventias Extrajudiciais. Registros Públicos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Linguística. Pós-Graduado em Direito. Bacharel em Direito. Professor Universitário. Escritor. Autor de livros literários, didáticos e sobre Direito. Coidealizador e cofundador da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros e da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica, sendo editor desta última. *e-mail*: waldirdepinhoveloso@gmail.com

## ABSTRACT

Act 6015, dated 12/31/1973, having completed half a century of its writing, was in need of adaptation to more modern times. As the Organic Law of Registry Services, the former notaries, this Law needed to be renewed in its body, to contemplate the use of artificial intelligence, speed up the services provided to the public and favor the public with more easily accessible data of any part of Brazil. Especially considering that public registries govern citizenship and are the origin of all other personal documents, in addition to registering civil associations, companies and all properties in their various dimensions – which includes the guarantees that properties provide to their owners in loans and financing – the legislation that dominates the subject must be prepared to adapt to the passing times. Act 14,382, of 6/27/2022, brought these modifications, adapting Act 6015, of 12/31/1973, to the century of intelligence technology and putting the Extrajudicial Services in a position to arm themselves with the present to arrive, firmly, to the future. There are many modifications that the Law on Public Registries has received. In this article, the most imposing ones are mentioned.

**Keywords:** Public Registry Act. Registry Offices. Public Registries.

## 1 PRIMEIRAS PALAVRAS

A Lei dos Registros Públicos em vigor no Brasil é a regra mais utilizada pelos Serviços de Registros, sendo estes: o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais; o Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas; o Serviço de Registro de Títulos e Documentos e o Serviço de Registro de Imóveis.

Até que a Constituição Federal de 1988 viesse à luz, eram os chamados cartórios. A partir daí, as Serventias Extrajudiciais passaram a se chamar Serviços, embora continuem sendo popularmente conhecidos por cartórios.

A norma que comanda esses Serviços Extrajudiciais é a Lei 6.015, de 31-12-1973. Esta Lei entrou em vigor em 1.º-1-1976. Como toda lei brasileira, já sofreu inúmeras modificações. Em verdade, antes mesmo de entrar em vigor – quando ainda estava no período de *vacatio legis* – sofreu uma alteração tão profunda que mereceria ter sido revogada e substituída pela Lei 6.216, de 30-6-1975.

Após o início do vigor, nem uma modificação foi tão profunda quanto a provocada inicialmente pela Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, a qual foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022.

Neste trabalho, haverá mais referência à Lei 14.382, de 27-6-2022, por uma questão lógica: a redação original da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que vigorou até que a Lei 14.382, de 27-6-2022, entrasse em vigor, contém menos textos legais do que a própria Lei que foi resultado da conversão. É que, durante o trâmite, aconteceram emendas parlamentares que acrescentaram outras modificações. E houve parte da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que não foi convertida e considerada no texto final da Lei 14.382, de 27-6-2022.

Para não ter que ficar explicando o que já constava da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, e que continuou no texto da conversão para a Lei 14.382, de 27-6-2022, ou explicar que se tratou de inovação dos Deputados e Senadores que modificaram o original da Medida Provisória antes de transformá-la em Lei, as referências doravante serão apenas à Lei 14.382, de 27-6-2022. Mas, sempre com a lembrança de que, em mais de 90% dos casos, a regra retroage a 28-12-2021, quando houve a publicação da Medida Provisória que, seis meses após, transformou-se na Lei 14.382, de 27-6-2022.

Também haverá um breve histórico do trâmite da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, até a conversão na Lei 14.382, de 27-6-2022.

## **2 A CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI**

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 62, § 3.º, que uma Medida Provisória tem vigência inicial de sessenta dias, sendo prorrogável por mais sessenta dias. Nesse período, deverá ser convertida em Lei, para que continuem sendo válidas as ordens contidas em seu teor.

Se não prorrogada, a Medida Provisória perde a vigência em sessenta dias. Ao fim dos hipotéticos 120 dias (prazo original, com uma prorrogação), se não convertida em Lei, também perde a vigência. Durante o período que intermedeia a edição da Medida Provisória e a sua conversão em Lei ou a perda do vigor por não transformação em Lei pelo Congresso Nacional, o Presidente da República pode revogar a Medida Provisória, por outra norma de igual nome e função. E todos os integrantes do Congresso Nacional podem propor emendas para inserção, retirada ou modificação de parte do conteúdo da Medida Provisória em discussão.

Se quiserem não converter a Medida Provisória em Lei, é suficiente que os membros da Câmara dos Deputados (a primeira a apreciar e votar – Constituição Federal, art. 62, § 8.º) e do Senado Federal não façam a votação da conversão.

Mas, por entendimento óbvio, também podem, na votação, rejeitar a conversão. Se não convertida em Lei, a Medida Provisória terá seus efeitos limitados aos atos praticados ao tempo efêmero da sua vigência (Constituição Federal, art. 62, § 11), ainda que esses atos se prolonguem.

Passados os primeiros sessenta dias de vigência de uma Medida Provisória, há necessidade de o Presidente da Mesa do Congresso Nacional editar um Ato de prorrogação.

Fato adicional é que esses prazos são suspensos “durante os períodos de recesso do Congresso Nacional” (Constituição Federal, art. 62, § 4.º), o que pode elevar os sessenta dias para quase três meses.

Somando-se a essa realidade, a prática indica que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, teve a vigência prorrogada por Ato do Presidente de Mesa do Congresso Nacional (Ato n. 17, de 31-3-2022, publicado no dia primeiro de abril). Logo, a vigência foi elevada para 1.º-6-2022. Considerando que até essa data já havia feita a votação, iniciada na Câmara dos Deputados e, depois, sendo apreciada pelo Senado Federal (Constituição Federal, art. 62, § 8.º), o fato de o Projeto de Lei de conversão ter demorado uns dias para a sanção presidencial e a publicação, quando recebeu a numeração e o nome oficial de Lei, não retirou a vigência do texto. Isto porque o § 12 do art. 62 da Constituição Federal determina que “Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”.

Todo esse histórico fez com que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, somente fosse convertida em Lei em exatos 180 dias após a sua edição, sendo que a própria Constituição dispõe que são 120 dias (sessenta dias originais, com uma possível prorrogação).

Foi quando nasceu a Lei 14.382, de 27-6-2022.

### **3 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO DE REGISTROS PÚBLICOS (SERP)**

A Lei 11.977, de 7-7-2009, trata do Programa Minha Casa, Minha Vida. A Lei Complementar 95, de 26-2-1998, dispõe em seu art. 7.º, incisos I e II, que “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;” e “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;”.

Em desobediência máxima à norma que fixa as condições para redação de uma norma jurídica, a Lei 11.977, de 7-7-2009, trouxe em seu art. 37 que “Os serviços de registros públicos de que trata a Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico”. Uma criação totalmente desconectada do objetivo da Lei. Uma infração às técnicas legislativas.

O fato de o “sistema de registro eletrônico” depender de um regulamento, o que se dá por Decreto, fez com que a ideia ficasse dormindo por treze anos em gavetas administrativas. Nada foi feito para regulamentar. Destarte, nada adiantou constar da Lei 11.977, de 7-7-2009, que seria instituído o sistema de registro eletrônico.

Em dezembro de 2021, mais precisamente no dia 28, foi publicada a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que deu nome ao “sistema de registro eletrônico”. E, mais do que isso, disciplinou o sistema, o que foi feito em nove artigos. Passou a ser denominado Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp).

A ampliação das definições do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) se deu em duas etapas. A própria Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, trouxe detalhes, e, em vez de deixar a regulamentação por conta de um Decreto – como acontece com as demais leis – delegou à Corregedoria Nacional de Justiça o poder de especificar, orientar e determinar rumos para que o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) possa, efetivamente, funcionar. A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do Conselho Nacional de Justiça, é responsável pela fiscalização geral dos Serviços Notariais e Registrais em nível nacional.

A Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, não tratou apenas do SERP. Também fez amplas alterações nos registros públicos brasileiros, especialmente simplificando algumas técnicas, diminuindo os prazos para que os Serviços de Registros (especialmente os de Imóveis), os antigamente chamados de Cartórios, prestem os serviços e, sobretudo, determinando os procedimentos com base nos sistemas de inteligência artificial, o que se dá com uso de computadores interligados à rede de comunicação externa.

A Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, além da criação do SERP, fez uma grande modificação nas Leis que cuidam do registro público no Brasil. A Lei 6.015, de 31-12-1973, foi o principal alvo. Em relação às novas redações, acréscimos e supressões da Lei 6.015, de 31-12-1973, o vigor foi imediato. O funcionamento do SERP propriamente dito, em alguns pontos, tornou-se carente da uma necessária regulamentação. Regulamentação que, conforme já dito e credor de repetição, é da competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

A ideia de delegar à Corregedoria Nacional de Justiça a regulamentação de um setor em que ela transita, por ordem do seu destino, com conhecimento máximo, é acompanhada de diversas vantagens em comparação com uma regulamentação por meio de um Decreto de autoria da Presidência da República. Inicialmente, diz-se que a Corregedoria Nacional de Justiça, tendo as qualidades de órgão fiscalizador dos Serviços Notariais e Registrais do Brasil, tem amplo conhecimento das necessidades de o que deve constar com regra a ser cumprida para o bom funcionamento do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos.

Em segundo lugar, uma norma da Corregedoria Nacional de Justiça, a ser aplicada em todo o Brasil, dá-se por meio de um Provimento, o qual é de redação e aprovação céleres. Muito mais célere é uma eventual percepção de necessidade de modificação e atualização do conteúdo do que já fora regrado, podendo a Corregedoria Nacional de Justiça, com destreza e rapidez exemplares, modificar o texto normativo em vigor por meio de um novo Provimento modificador ou substituto do anterior.

Principalmente, a Corregedoria Nacional de Justiça tem contatos permanentes com as Corregedorias-Gerais de Justiça de cada Estado-membro e com os Juízes Diretores de Foros de todas as Comarcas do Brasil. Desta forma, uma eventual sugestão de modificação – para aplicação mais justa e mais correta das determinações – do teor de um Provimento, é muito mais acessível a uma ampla coletividade em comparação com as dificuldades que teria um Juiz de Direito Diretor de um Foro de uma pequena Comarca para ser atendido pela equipe da Presidência da República. Entre Juízes Diretores do Foro, Corregedorias-Gerais de Justiça (estaduais) e Corregedoria Nacional de Justiça, a comunicação é diária e instantânea, em sistema equiparado a um “chat” de troca de mensagens em tempo real.

### **3.1 O Sistema Eletrônico de Registros Públicos (SERP)**

O Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) é a centralização dos atos jurídicos que passam pelos Serviços de Registros Públicos de todo o Brasil. Esses Serviços de Registros Públicos são os antigos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos, e Registro de Imóveis.

O SERP centraliza os dados que, antes da sua existência, dormiam exclusivamente nos computadores de cada um dos Serviços Registrais brasileiros.



Com o SERP, há a interconexão dos Serviços de Registros Públicos de todo o Brasil. Com os dados contidos inicialmente nos computadores exclusivos dos Serviços de Registros Públicos sendo centralizados em único servidor (computador que recebe e compartilha dados), o próprio público, os Tabelionatos de Notas, todos os demais Serviços Registrais e a Administração Pública, têm acesso a certidões com maior facilidade, maior celeridade e mais eficiência. Trata-se de uma simplificação também em relação ao tempo de prestação dos serviços, pois uma Serventia Extrajudicial (outra denominação para os Serviços Notariais e de Registros, que até 1988 se chamavam cartórios) tem que digitalizar todo o seu acervo para inserir os dados no SERP. Assim, quando ela própria precisar fazer uma consulta, uma pesquisa ou a emissão de uma certidão, os registros contidos em seus velhos livros já estão na memória do computador.

Em relação ao público usuário dos serviços de uma Serventia Extrajudicial, os pedidos podem ser feitos via internete e também nos balcões de quaisquer outras Serventias, sendo fácil para um Serviço de Registro ou um Tabelionato de Notas acessar o SERP e conseguir a emissão da certidão que pode ser impressa e entregue ao usuário ou ser disponibilizada em formato eletrônico. Tudo isso, com utilização dos sistemas de informação e tendo a garantia de originalidade e a segurança jurídica contextualizadas pela presença do selo eletrônico e da fé pública de quem emite a certidão.

O SERP também possibilitou que o usuário, por meio da internete, remeta aos Serviços Registrais os documentos a serem registrados, averbados ou anotados. Logo, é possível a remessa de uma escritura pública, por exemplo, ao Serviço de Registro de Imóveis, para qualificação (análise do teor do documento e confirmação se preenche todos os requisitos) e registro. Ainda por meio da internete, o usuário receberá a informação dos valores dos emolumentos e, uma vez depositados esses e feito o envio – eletrônico – do comprovante do correspondente pagamento, há a prática do ato e a emissão das certidões que forem requeridas.

Para sua atuação como uma central de dados registrais de todo o Brasil, o SERP funciona como uma entidade civil sem fins lucrativos, sendo criado e sustentado pelos registradores de todo o Brasil. A criação e os subsídios para manutenção e existência do SERP são obrigações e responsabilidades inerentes à função delegada de titular ou interino de um Serviço de Registro Público.

## **4 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES QUE A LEI 14.382, DE 27-6-2022, TROUXE PARA A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS**

A Lei 6.015, de 31-12-1973, entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1976. Desde a sua elaboração, trâmite e votação, já se passou meio século. Algumas modificações já se mostravam necessárias. Principalmente, o fato de que, em tempos atuais, a utilização das tecnologias da inteligência proporciona uma prestação de serviço registral em tempo diferenciado em relação à época em que tudo era manuscrito, em pesados livros físicos, e cujas certidões ou eram datilografadas ou escritas à mão, em documentos pré-impressos que continham espaços a serem completados.

As mais marcantes modificações que a Lei 14.382, de 27-6-2022, trouxe para a Lei 6.015, de 31-12-1973, foram as novas redações de artigos que tratam:

- da averbação de documento em matrícula de imóvel que teve a circunscrição alterada para outra Serventia;
- da emissão, pelos Serviços de Registro, de certidões;
- da recepção, pelos Serviços de Registro, de documentos com a utilização dos meios eletrônicos;
- do tempo que os Serviços de Registro têm para os procedimentos internos, após a recepção dos documentos, que resultem em escrituração do que for requerido ou emissão de nota devolutiva exigindo complemento da documentação;
- dos emolumentos, em sua forma de quitação.

Nos subitens seguintes, alguns dos tópicos mais imponentes, e credores de maiores indagações, resultado de interferência da Lei 14.382, de 27-6-2022, na Lei dos Registros Públicos.

### **4.1 Alteração de Prenome**

Até o fim do ano de 2021, era imutável o prenome das pessoas naturais. Era somente possível, mas com dificuldade e somente por ação judicial, a

inserção de nomes publicamente conhecidos ao lado do prenome, caso dos artistas e políticos que têm codinomes muitas vezes mais conhecidos do que os próprios nomes registrais. O deferimento da pretensão somente após longo processo judicial, com bastante prova de que havia conhecimento geral, por parte do público, do apelido a ser acrescentado. Mas, o prenome propriamente dito, não era eliminado, neste caso: apenas podia receber o codinome amplamente conhecido.

A nova redação do art. 56 da Lei 6.015, de 31-12-1973, permitiu que a pessoa interessada possa requerer, administrativamente, na própria Serventia, a mudança do nome, incluindo o prenome.

A alteração máster é a possibilidade de mudança do nome. Esta é a novidade que causa impacto social. Acabou, por exemplo, a necessidade de adoção de “nome social” para as pessoas que querem se apresentar com nomes condizentes com o sexo que julgam ter e, não, o gênero sexual com o qual nasceram e sob o reino do qual foram registradas. Obviamente, a possibilidade de alteração de nome também se aplica a pessoa que, simplesmente, não gosta do prenome e gostaria de ter outra identidade registral.

O requerimento não precisa ser acompanhado de qualquer prova. E é acessível a qualquer pessoa. Basta informar que quer a mudança do nome, sem justificativa.

Antes, as raras modificações de prenome eram determinadas pelo Poder Judiciário e após longo e penoso processo, com provas de constrangimento como no caso de nome feminino para pessoa do sexo masculino, ou vice-versa.

Com as alterações da Lei dos Registros Públicos (art. 56), é suficiente que o interessado requeira diretamente ao Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais no qual há o seu registro de nascimento ou de casamento. As exigências são a maioridade e capacidade civis. Há uma lista dos documentos a serem apresentados, principalmente com a intenção de informação de quais os órgãos deverão ser notificados acerca da mudança do nome. O requerimento é da troca do nome, sem precisar, sequer, explicar, justificar ou provar por que quer, necessita ou supõe necessitar fazê-lo.

O detalhe complementar é que, caso queira, a pessoa poderá voltar a utilizar o nome anterior (algo como José mudar o próprio nome para João e, posteriormente, querer voltar a se chamar José). Mas, essa mudança em tom de retroatividade somente pode ser feita por processo com trâmite no Poder Judiciário.

Também há a possibilidade de os pais do recém-nascido mudarem o nome do registrado, desde que o requerimento – diretamente ao Serviço de Registro

Civil das Pessoas Naturais no qual está o recém-nascido registrado – seja aviado no prazo de até quinze dias após o registro. É o caso típico de os pais escolherem um nome e somente um deles comparecer ao Serviço de Registro de Pessoas Naturais para requerer o registro, e declarar outro nome para o registrando. Ou pretenderem um nome e, por equívoco ou por dificuldade na pronúncia, o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais escriturar outro nome, ainda que parecido com o desejado. Casos de Júnio (em vez de Júnior), Engrid (em vez de Ingrid), Efigênia (em vez de Ifigênia); Charli (em vez de Charles) ou minúcias como Carlo Mário (em vez de Carlos Mário), Márius (em vez de Mário), Márcus (em vez de Marcos), etc. Outras vezes, há ausência de um dos sobrenomes da família, quando da declaração. E os pais querem o sobrenome abrangendo ambas as originárias famílias.

Se ambos os pais requerem a alteração do nome da criança – ou o prenome, ou o sobrenome, ou o nome completo – o próprio Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais procederá à alteração. Se apenas um dos genitores apresentar oposição em relação ao nome registrado para o filho e requerer alteração, o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais remeterá o requerimento para o Juiz especializado em Registros Públicos ou, em não o havendo na Comarca, ao Juiz Diretor do Foro ou ao Juiz da Vara Cível, conforme constar da Organização Judiciária do Estado-membro.

#### **4.2 Alteração de Sobrenome**

A facilidade para troca de prenome se estende para o caso de inserção de sobrenome que pertenceu à família até poucas gerações passadas e, com os acréscimos de sobrenomes dos novos integrantes da família, pelos casamentos, ficou perdido.

A alteração de sobrenome sempre teve maior flexibilidade em comparação com a rigidez própria deferida ao prenome.

Sempre se permitiu a alteração de sobrenome em hipóteses de casamento. Anteriormente a 1977, ao se casar a mulher deveria incorporar ao seu o sobrenome do marido. De 1977 em diante, a inserção do sobrenome do marido se tornou alternativa. A Lei 6.515, de 26-12-1977, ao permitir o divórcio, também permitiu à mulher (até então, somente a mulher modificava o sobrenome ao se casar) voltar a assinar o nome de solteira, quando se divorciava.

Com o Código Civil de 2002 (art. 1.565, § 1.º) passou-se a permitir que, com o casamento, também o marido possa incorporar ao seu o sobrenome da mulher.

A partir de 2013, passou-se a proceder aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, com a possibilidade de inserção do sobrenome de um cônjuge ao sobrenome do outro (Resolução CNJ 175, de 14-5-2013, do Conselho Nacional de Justiça).

A união estável também permite, em casos especiais, que um convivente adote como seu o sobrenome do outro.

A facilidade maior se deu com a nova redação do art. 57 da Lei 6.015, de 31-12-1973, que trouxe clareza de oportunidades de alteração de sobrenomes. O texto está assim redigido, por obra da Lei 14.382, de 27-6-2022:

**Art. 57.** A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de:

I - inclusão de sobrenomes familiares;

II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento;

III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas;

IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado.

[...]

**§ 2.º** Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas.

[...]

**§ 3.º-A** O retorno ao nome de solteiro ou de solteira do companheiro ou da companheira será realizado por meio da averbação da extinção de união estável em seu registro.

Complementa-se o estudo ao se referir que o art. 94-A da Lei 6.015, de 31-12-1973, artigo que foi acrescentado pela Lei 14.382, de 27-6-2022, permite que, em caso de “sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil

e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável” também seja registrado “nome que os companheiros passam a ter em virtude da união estável”. Obviamente, em caso de já haver o registro de união estável com mudança de sobrenome, em ocorrendo dissolução da união estável, poderão os conviventes optar pela volta ao nome anterior ao reconhecimento.

### 4.3 Averbação e a Mudança de Circunscrição

A Lei 14.382, de 27-6-2022, deu nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973. A capital novidade ficou por conta da fixação rígida da única circunscrição de um imóvel, para efeitos de averbação.

O sistema registral tradicional determinava o seguinte trâmite: se um imóvel estava situado em um local que era marcado – como integrante de um mapa – que pertencia a uma circunscrição (competência) de um Serviço de Registro de Imóveis, se houvesse alteração da circunscrição para outro Serviço de Registro de Imóveis, havia a conservação da competência anterior para a escrituração de averbação. Explicando melhor, e colocando identificação. O imóvel – urbano ou rural – estava fincado em local que pertencia à circunscrição do Serviço de Registro de Imóveis “A”. Com a alteração da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado-membro, o imóvel era deslocado para a competência da Serventia “B”. Quando da alteração da Lei, o imóvel já se encontrava matriculado na Serventia “A”. Até que o proprietário necessitasse fazer um **registro** ao pé da matrícula do imóvel, os atos registrais que são feitos por **averbação** continuavam sendo escriturados ao pé da matrícula existente na Serventia “A”, mesmo o imóvel já estando legalmente dentro da circunscrição da Serventia “B”.

Um dos motivos da alteração de circunscrição é a transformação de um Município, até então integrante de uma Comarca com sede em outro Município, em sede de Comarca. Outro motivo é a percepção de que as vias rodoviárias entre a sede de um Município que integra uma Comarca e o Município que é sede da Comarca vizinha estão mais facilmente transitáveis. Identificando, fica assim. Um imóvel está no Município “C” e os atos registrais têm que ser feitos na Serventia “D”, que está na sede do Município “E”. Com o tempo, o Município “C” se torna sede de Comarca. O imóvel continuava matriculado e registrado na Serventia Imobiliária do Município “C” até que houvesse necessidade de algum **registro** em relação ao imóvel. Se o ato registral dependesse de apenas uma **averbação**, tudo continuava sendo feito na mesma Serventia Imobiliária que atendia ao Município “C” antes de ele se tornar sede de Comarca e, por consequência, ter sua própria Serventia Imobiliária.

Outra situação. O imóvel está em um bairro “F”, cuja circunscrição é exclusiva da Serventia “G”. A cidade, que é sede da Comarca, tem apenas uma Serventia. Com o tempo, há a criação de mais um Serviço de Registro de Imóveis. E, no novo “mapa” da cidade, o bairro “F”, no qual está o imóvel, passa a ser circunscrição da nova Serventia, aqui identificada como “H”. De forma imediata, não havia e não há (art. 170 da Lei 6.015, de 31-12-1973) obrigatoriedade de fazer nova matrícula, na Serventia “H”, apenas porque houve a alteração de competência. Até a nova redação do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, dada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, somente havia obrigação de ser aberta nova matrícula, na nova Serventia, quando o ato registral necessário fosse um **registro**. Logo, em caso de venda, de uma oferta do imóvel em garantia hipotecária ou pignoratícia e pouco mais. Mas, se se tratasse de **averbar** um novo documento do proprietário – como um pacto antenupcial, um contrato de locação ou qualquer outro elemento passível de averbação ao pé da matrícula do imóvel – a competência continuava com a Serventia “G”.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, ao dar nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, padronizou os atos registrais como um todo na obrigação de serem requeridos exclusivamente na única Serventia competente. Não somente registros, como também as averbações são escrituradas na nova Serventia competente.

Assim, em caso de mudança de competência – como o imóvel passar a pertencer à circunscrição da Serventia “J” sendo que pertencia à Serventia “I” e lá estava matriculado – há necessidade de transferência dos atos registrais para a nova Serventia competente, a Serventia “J”. Procedem-se assim: fazem-se os requerimentos (na Serventia “I”) das certidões imobiliárias no Serviço de Registro de Imóveis no qual o imóvel está matriculado e se levam as certidões ao Serviço de Registro de Imóveis (Serventia “J”) que passou a ser competente para o local do imóvel (art. 197 da Lei 6.015, de 31-12-1973). A Serventia que se tornou competente fará nova matrícula para o imóvel (art. 227 da Lei 6.015, de 31-12-1973), com base nos “elementos constantes do título apresentado” (art. 196 da Lei 6.015, de 31-12-1973). Uma vez matriculado o imóvel, ao pé da matrícula, procede-se ao registro da propriedade (art. 227 da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Em caso de existência de ônus constantes da matrícula do imóvel em sua Serventia de origem, as certidões as indicarão (art. 197 da Lei 6.015, de 31-12-1973). E serão transcritas, na nova Serventia competente, com as qualidades de anotações.

Em caso de mudança de competência de Serventia sobre um imóvel, e como já dito, não há obrigação de abertura imediata de matrícula na nova

Serventia competente. A obrigação de abertura de matrícula se dá em caso de necessidade de averbação ou de registro de algum elemento ao pé da matrícula do imóvel. Se demorarem décadas entre a data da mudança da circunscrição (o imóvel passa da competência da Serventia “K” para a Serventia “L”) e o momento em que o proprietário ou seus sucessores tiverem necessidade de um registro ou uma averbação, em todo esse período o imóvel continuará matriculado na Serventia originária.

O fato de a Lei 14.382, de 27-6-2022, ter determinado que não somente em caso de registro como também em caso de averbação de algum documento como anexo à matrícula de um imóvel que teve a circunscrição alterada, há a necessidade de abertura de nova matrícula na Serventia que se tornou competente em razão das mudanças, não importa em grandes complicações para os proprietários de imóvel. Até mesmo porque, com a mudança de circunscrição, mais cedo ou mais tarde haverá a necessidade de procedimento de nova matrícula, com encerramento da matrícula que teve vida na Serventia cuja competência foi perdida em relação a um determinado imóvel.

Mas, há uma complicação.

Antes de dizer da específica complicação, cede-se espaço para lembrar que também houve nova redação para o art. 176 da Lei 6.015, de 31-12-1973, trazendo a obrigatoriedade de nova matrícula, quando houver alteração de circunscrição, em caso de averbação (antes, era somente em caso de registro). O art. 176 da Lei 6.015, de 31-12-1973, apenas especificou, explicitamente, o que já estava descrito no art. 169 da mesma Lei.

Como subitem seguinte, apresenta-se a dificuldade de aplicação do teor do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, em caso de averbação de contrato de locação.

#### **4.3.1 Especificidades da Averbação do Contrato de Locação**

Anteriormente à nova redação do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, o que foi feito pela Lei 14.382, de 27-6-2022, como já reportado, quando se tratava de qualquer averbação, a competência continuava com a Serventia que teve a circunscrição perdida em relação ao um imóvel. E há um caso muito especial, previsto no item 16 do inciso II, do art. 167, combinado com o parágrafo único do mesmo artigo, ambas as normas previstas na Lei 6.015, de 31-12-1973.



A regra é a de que, em caso de um imóvel locado ser colocado à venda, o adquirente terá preferência na aquisição, tanto por tanto e nas mesmas condições de pagamento, em comparação com qualquer pretendente. Mas, há a obrigação de que, anteriormente ao negócio com outra pessoa fora da relação locatícia, o contrato de locação contenha a cláusula da preferência do locatário na aquisição do imóvel alugado, e que o contrato esteja averbado ao pé da matrícula do imóvel ao qual se refere.

A dificuldade começa quando se pensa que o interessado no caso é o locatário. Este locatário é que deve pegar da sua via do contrato de aluguel e providenciar a averbação deste documento por meio de requerimento feito no Serviço de Registro de Imóveis no qual o imóvel alugado estiver matriculado e registrado. O locador, raramente, teria esse interesse.

Após a mudança promovida no art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, por força da Lei 14.382, de 27-6-2022, mesmo em se tratando de uma averbação, a escrituração correspondente somente poderá ser feita na Serventia que se tornou competente. Imagina-se a situação de um imóvel cuja matrícula se encontra na Serventia “A”. Por uma determinação da Divisão Judiciária do Estado-membro, a competência para proceder aos atos registrares referentes ao local em que se situa o imóvel foi transferida para a Serventia “B”. Após a competência para atos registrares referentes ao imóvel ser transferida da Serventia “A” para a Serventia “B”, o proprietário não teve necessidade de qualquer registro (e, desde o início de 2022, tampouco precisou de requerer alguma averbação). Sendo o imóvel alugado e havendo cláusula contratual fixando que, em caso de o proprietário colocar o imóvel à venda, o locatário terá preferência na aquisição, pelo preço e condições em que outrem oferecer, há necessidade de averbação à margem (melhor ainda, ao pé ou no primeiro espaço disponível no fólio registral) da matrícula do imóvel. Pela nova regra, a única matrícula que pode receber essa averbação é a que estiver feita (ou que venha a ser feita) na Serventia que for, no momento, a competente para a prática da averbação.

Neste ponto, instala-se o problema, o qual não existia até que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022, impedir que as averbações continuassem sendo feitas ao pé de matrícula que se acha feita em Serventia que deixou de ser a competente (antes, obviamente, de a “transferência” do imóvel ocorrer para a nova Serventia competente). É que o interesse na averbação é praticamente exclusiva do locatário. E este não requererá, por sua exclusiva conta, uma matrícula do imóvel na nova Serventia competente para, em ato seguinte, ser averbado o contrato de locação. Até mesmo porque a venda do imóvel é uma hipótese, o preço ser acessível também é uma possibilidade, e o momento em que o proprietário-locador colocar o imóvel à venda coincidir com o tempo em que o locatário tem condições financeiras de fazer a compra também flutua no campo das suposições.

Neste caso, muito provavelmente o contrato não será averbado e o locatário perderá o direito de preferência, mesmo havendo cláusula contratual assim fixando.

Se não tivesse havido a determinação da impossibilidade de a Serventia cuja circunscrição foi desfeita em relação a um imóvel continuar escriturando validamente o ato da averbação do contrato de locação, o locatário poderia requerer a averbação em uma Serventia que teve a competência em relação ao imóvel e que, por modificações na divisão judiciária do Estado-membro, essa competência foi transferida para outra Serventia sendo que, no momento em que o locatário precisa fazer o requerimento da averbação, o proprietário ainda não providenciou a nova matrícula do imóvel na Serventia que se tornou competente.

Somente um detalhe adicional: essa modalidade de registro tem os requisitos fixados no art. 242 da Lei 6.015, de 31-12-1973. Vê-se, pois, a complexidade do contrato de locação, que se acha assim indicado:

- se a cláusula contratual for no sentido de que, se ocorrer venda, o adquirente fica obrigado a cumprir o contrato e até o fim e a renová-lo nas condições contratuais, há necessidade de **registro** (art. 167, inciso I, item 3.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973);
- se a cláusula contratual for no sentido de que, antes de vender a um terceiro, o locador dará preferência ao locatário para que esse compre o imóvel pelo mesmo preço e condições que o imóvel for colocado à venda e, em caso de um terceiro apresentar uma contraproposta, também notificar ao locatário para o exercício da preferência, não se trata de registro do contrato de locação, mas de **averbação** (art. 167, inciso II, item 16, da Lei 6.015, de 31-12-1973);
- os requisitos do contrato, para registro ou averbação estão no parágrafo único do art. 167, da Lei 6.015, de 31-12-1973, e, especificamente sobre a averbação, também no art. 242 da mesma Lei.

E, a título de conhecimento, ainda há a possibilidade de o contrato de locação ser registrado no Serviço de Registro de Títulos e Documentos (art. 129, item 1.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973), para surtir efeitos contra terceiros. Como visto, também fora do presente estudo, neste subitem, encontra-se o caso do **registro** do contrato de locação, citado no marcador anteriormente descrito, pois, mesmo antes de a Lei 14.382, de 27-6-2022, dar nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, por se tratar de **registro**, somente poderia ser feito na Serventia cuja competência coincidissem com a atualidade do requerimento.

#### **4.4 Cancelamento do Registro do Compromisso de Compra e Venda de Imóvel**

Um dos temas que mais causam complicações aos negociantes de lotes em prestações é a possibilidade de registro do contrato de compra e venda. Para o adquirente do lote a prestação, é a grande garantia de que o promitente vendedor não negociará o mesmo lote com outra pessoa. Isso porque, ao pé da matrícula do lote, fica gravado o fato de que houve a negociação com alguém que, quando cumprir o compromisso de comprar (efetuar todos os pagamentos prometidos, no prazo combinado) terá direito à documentação (escritura pública em condições de ser registrada no Serviço de Registro de Imóveis).

O art. 251-A da Lei 6.015, de 31-12-1973, como parte das introduções feitas pela Lei 14.382, de 27-6-2022, padronizou o registro do cancelamento do compromisso de compra e venda de lotes e de unidades construtivas, quando feito contratando pagamento parcelado. As regras impõem prévia notificação da parte inadimplente. Descumprida a obrigação e, mesmo após notificado, se o adquirente continuar sem purgar a mora, haverá o cancelamento do registro do contrato de compromisso de compra e venda. E o imóvel estará em condições para ser negociado com outra pessoa.

A Lei 6.766, de 19-12-1979, é a que cuida do contrato de compromisso de compra e venda e prevê como e qual o percentual que o promitente vendedor devolverá ao promitente comprador em caso de rescisão contratual. Devolução em referência aos valores já pagos pelas prestações já vencidas, além de eventuais entrada, arras ou sinal.

#### **4.5 Certidões**

Um dos grandes benefícios, para os usuários dos registros públicos, é a obtenção de certidões. Em vez de até cinco dias, as Serventias têm, a partir da Lei 14.382, de 27-6-2022, ter modificado a Lei 6.015, de 31-12-1973, o prazo que tem início por quatro horas.

Outra novidade é que as certidões podem ser obtidas “eletronicamente, com uso de tecnologia que permita a sua impressão pelo usuário e a identificação segura de sua autenticidade, conforme critérios estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, dispensada a materialização

das certidões pelo oficial de registro.” (§ 5.º do art. 17 da Lei 6.015, de 31-12-1973). Em outras palavras, a entrega da certidão impressa, no balcão da Serventia, tornou-se uma exceção, sendo a regra a disponibilização da certidão por meio eletrônico com possibilidade de o próprio usuário ou transmitir eletronicamente o documento para o destinatário ou ele próprio imprimir a certidão em seu computador e sua impressora. Vale, por exemplo, para obtenção de certidão de nascimento ou de casamento, bem como as referentes ao Serviço de Registro de Títulos e Documentos e ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O fato de os dados estarem centralizados no Sistema Eletrônico de Registros Públicos, possibilita que o interessado, mesmo sabendo que o registro (por exemplo) do seu nascimento se deu em um Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais de uma cidade do interior do Estado “A”, possa requerer uma segunda via dessa certidão de nascimento em um Serviço de Registro Civil ou um Tabelionato de Notas de uma cidade do Estado “B”. Obviamente, pagará emolumentos em dobro, pois o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais perceberá os emolumentos para emissão da certidão e o Serviço Notarial ou Registral também perceberá emolumentos pela intermediação. Poderá a própria pessoa interessada, remotamente, requerer a certidão diretamente na Serventia na qual teve o registro de nascimento ou o assento de casamento. E a Serventia fará a remessa por meio eletrônico, para que o próprio destinatário imprima o documento, se dele precisar cópia impressa.

Em se tratando de registro de imóveis, há regras especiais. Quando o pedido de uma certidão já indicar números que individualizam, como livro e folhas ou o número da matrícula, em se tratando de requerimento de documento eletrônico acerca de “inteiro teor da matrícula ou do livro auxiliar”, o fornecimento do documento eletrônico se dará em, no máximo, quatro horas. Se o requerimento se der no fim do expediente, o complemento das horas será contado a partir da reabertura do Serviço de Registro de Imóveis, no próximo dia que tiver expediente. Há prazos de um dia (quando se tratar de certidão que indica se o imóvel tem alguma pendência, algum gravame – as denominadas certidões por quesitos porque o interessado requer uma certidão específica, como uma “certidão negativa de ações reais e pessoais reipersecutórias” – e prazos de até cinco dias, quando se tratar de certidões especiais, como as que trazem o conteúdo dos últimos vinte anos (vintenárias), dos últimos trinta anos (trintenárias) ou dos últimos quinze anos (quinzenárias), ainda que esses tempos alcancem outros proprietários (anteriores) ou mesmo outras matrículas que se transformaram nas matrículas imobiliárias atuais.

#### **4.6 Conversão da União Estável em Casamento**

Quando o casal tem união estável documentada em escritura pública declaratória, a conversão dessa união estável em casamento passou a ser mais célere e mais rápida, conforme o teor do novo art. 70-A, que foi inserto na Lei 6.015, de 31-12-1973, pela Lei 14.382, de 27-6-2022.

O requerimento se dá diretamente no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais do local da residência do casal, por ser a Serventia que é competente para o processo de habilitação para o casamento. A conversão se inicia com um processo de habilitação para o casamento, mas o assento do casamento se alcança com menos solenidade.

#### **4.7 Habilitação para o Casamento**

O processo de habilitação para o casamento inclui o interstício de publicidade da pretensão dos noivos, com o fito de dar oportunidade para que qualquer pessoa faça oposição à condição para a celebração do ato final. A publicidade oferta a oportunidade de exposição da pretensão de que determinada pessoa – normal e supostamente conhecida, por ser a publicidade no local em que a pessoa reside – quer se casar. Em havendo impedimentos, a oposição acontecerá neste momento.

O período de exposição do edital de proclamas era de quinze dias. E havia necessidade de publicação do resumo do edital em jornal, paralela à exposição física em ambiente interno da Serventia na qual se processava a habilitação para o casamento.

Houve época em que o Juiz de Direito Diretor do Foro e o Ministério Público precisavam aquiescer com o processo de habilitação para o casamento. Depois, somente o Ministério Público. Após a nova redação do art. 67 da Lei 6.015, de 31-12-1973, determinada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, somente o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais atua no processo de habilitação para o casamento.

Também houve a redução do interstício de exposição do edital e a forma da sua publicação. Basta que esteja divulgado no sítio eletrônico do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais. Não há obrigação de publicação em jornal

impresso “de circulação no local de residência dos noivos”. Anteriormente à alteração, para atingir o local de residência de ambos os noivos, havia, muitas vezes, necessidade de exposição em mais de uma Serventia, o que alterava o valor para cima, atrasava o trâmite e representava mais solenidades a serem cumpridas, com os correspondentes documentos necessariamente arquivados.

Após a alteração do texto do art. 67 da Lei 6.015, de 31-12-1973, a celebração do casamento pode se dar em “até cinco dias” após o início do processo de habilitação para o casamento. Nesse prazo, será emitido o certificado de habilitação, que é o documento que habilita o casal a se casar.

#### **4.8 Momento do Pagamento dos Emolumentos no Serviço de Registro de Imóveis**

Houve um esclarecimento do momento próprio do pagamento dos emolumentos ao Serviço de Registro de Imóveis. A nova redação do art. 206 demonstra ser possível o pagamento integral dos emolumentos no momento do requerimento da prática do ato registral, ou pode o interessado pagar antecipadamente apenas o valor da prenotação, deixando o valor complementar para após a análise da documentação. Quando o Serviço de Registro de Imóveis qualificar os documentos e certificar que tudo está em condições de fundamentar a prática do ato requerido, notificará ao apresentante do requerimento para que, em até cinco dias, faça o pagamento complementar dos emolumentos.

E, óbvio, se houver o pagamento integral antecipado, se não houver a escrituração do ato registral propriamente dito, a devolução dos emolumentos será feita, retendo-se o valor correspondente à prenotação. Afinal, esse ato registral foi feito e garantiu a prioridade e a preferência durante o procedimento.

Também, por igual motivo, se se quita no ato do requerimento somente o valor dos emolumentos correspondente à prenotação, em não havendo a escrituração do ato principal requerido, não há devolução do valor da prenotação, por ser um serviço necessariamente prestado, correspondente ao recebimento do documento e o lançamento no livro próprio, denominado “Protocolo”. Por sinal, ato registral do protocolo já é garantidor de preferência em comparação com outros pretendentes e prioridade na prática do ato registral requerido.

Mais um motivo para esclarecer que a prenotação é ato sempre realizado, independentemente de o restante do que se requerer ser ou não um serviço executado.

#### **4.9 Prazo para o Serviço de Registro de Imóveis Proceder aos Registros**

Antes de a Lei 14.382, de 27-6-2022, alterar as redações dos arts. 188 e 205 da Lei 6.015, de 31-12-1973, o prazo padrão para que o Serviço de Registro de Imóveis procedesse a escrituração de um ato registral – um registro ou uma averbação – era de trinta dias. Neste período, continuava valendo o protocolo e, destarte, estava garantida a prioridade na execução dos serviços e a preferência do titular do direito de ver o seu requerimento atendido com antecedência em comparação com outros pretendentes.

As inovações do ano de 2022 impuseram um prazo padrão de dez dias. Neste tempo, deve ser feita a escrituração do ato requerido ou emitida a nota devolutiva, pedindo complemento de documentação ou de pagamento.

Se não houver divergência na documentação ou no valor depositado a título de emolumentos, o ato deve ser praticado em até cinco dias.

O novo prazo, reduzido, está previsto no art. 188 da Lei 6.015, de 31-12-1973.

O art. 205 da mesma Lei, também com nova redação imposta pela Lei 14.382, de 27-6-2022, reduz o prazo para vinte dias para que os efeitos do protocolo sejam cortados se as providências a cargo do interessado não tiverem sido supridas.

#### **4.10 Procedimento de Suscitação de Dúvida**

Houve alterações no procedimento de suscitação de dúvida. Não muito profundas. Uma delas é a coerente ligação ao prazo de validade do protocolo. Logo, são duas conclusões: considerando que o Serviço de Registro de Imóveis tem cinco dias (se tudo estiver em ordem, com emolumentos pagos) ou dez dias (se houver complexidade ou pedido de complemento de quitação de emolumentos ou emissão de nota devolutiva) para a prática do ato, o indeferimento imediato ou a emissão da nota devolutiva pedindo complemento, no prazo de dez dias, contados a partir do momento do protocolo do requerimento da prática do ato, deve ser o normal para dar ciência das exigências. Se o interessado não concordar com as exigências, ou não puder cumpri-las, poderá requerer o levantamento de dúvida (art. 198 da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Após a emissão da nota devolutiva, o interessado tem até vinte dias para tomar toda a providência – ou cumprir a exigência e apresentar a documentação complementar necessária à prática do ato registral ou o requerimento de suscitação de dúvida. Esse prazo é o fixado no art. 205 da Lei 6.015, de 31-12-1973. Todos, com inovações da Lei 14.382, de 27-6-2022.

Os prazos anteriores não eram anunciados explicitamente. O Serviço de Registro de Imóveis tinha trinta dias para a prática do ato. Assim, se no vigésimo quinto dia houvesse a emissão de uma nota devolutiva, havia entendimento de que o interessado tinha somente quatro dias para providenciar a documentação, uma vez que havia a reserva de, pelo menos, um dia para o término dos serviços e o cumprimento do prazo.

A “simples” definição de prazos, da nova legislação em vigor, já representa um grande avanço no relacionamento entre o usuário e os Serviços Registral ou Notarial, bem como a impossibilidade de interpretação distinta por parte das Corregedorias-Gerais de Justiça, em cada Estado-membro.

#### **4.11 Requerimento Eletrônico de Registro de Associações**

Em verdade, sequer haveria necessidade de dizer que podem ser por meio eletrônico os requerimentos – acompanhados da documentação necessária, o que inclui os estatutos e a ata de constituição da associação – para fazer nascer uma associação (Código Civil, art. 45). Bastaria dizer que a criação do Sistema Eletrônico de Registros Públicos (Serp) teve o caráter de fazer com que os contatos com os Serviços Notariais e Registrais não somente sejam feitos por sistema de mensagens eletrônicas, como, especialmente, criou esse Sistema como sendo central responsável por guardar os dados registrais de todo o Brasil. E deu ao Serp a condição de intermediar os contatos entre os Serviços de Registros, os Tabelionatos de Notas e as pessoas usuárias dos registros públicos.

A inovação que merece destaque é em relação à criação de entidades associativas. A remessa, desde os primeiros momentos, da documentação, pode se dar por uso das comunicações eletrônicas (art. 121, *caput*, da Lei 6.015, de 31-12-1973). Em caso de mudança de estatuto, de criação de nova diretoria ou outras atualizações, também são feitas as comunicações com o Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas com a utilização da rede mundial de computadores.

Os interessados podem, ainda, continuar fazendo a entrega da documentação de forma física ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.



Esta Serventia Extrajudicial, após o período de qualificação – conferência sobre os requisitos imprescindíveis da documentação apresentada – fará a digitalização de tudo e guardará apenas os arquivos eletrônicos. Os documentos físicos apresentados ficarão à disposição de quem requereu o registro da associação – ou atualização dos dados, como uma nova diretoria – por até 180 dias após a escrituração do que foi requerido. Ultrapassado esse período, sem que tenha havido a retirada dos documentos, serão incinerados (art. 121, § 2.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973).

#### **4.12 Títulos Físicos Apresentados ao Serviço de Registro de Imóveis**

Com a criação do Sistema Eletrônico de Registros Públicos (Serp), a intenção máxima é que todo o trâmite de documentos entre o usuário – o público em geral – e os Serviços de Registros Públicos se dê pelo sistema eletrônico. O documento já chega à Serventia digitado ou digitalizado, o que facilita os arquivamentos eletrônicos e a composição dos livros – também eletrônicos.

Se há a apresentação de um documento físico a um Serviço de Registro de Imóveis, essa Serventia tomará todas as providências tendo o documento físico como suporte. Ao término da qualificação, em havendo a prática do ato requerido, o documento físico será digitalizado e o arquivamento será exclusivamente em formato eletrônico.

Segundo dispõe o art. 194 da Lei 6.015, de 31-12-1973, com redação formatada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, a Corregedoria Nacional de Justiça criará normas para a devolução dos documentos físicos ao interessado. Trata-se de uma norma incondizente com o que já dispõe o art. 121, § 2.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973. Em relação ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a Lei já determinou que a Serventia deve guardar os documentos físicos por até 180 dias, sendo o prazo em que o interessado deve procurar a documentação. Se não houver a procura, o documento físico (papel) será incinerado. Igual procedimento deveria ter sido fixado para o Serviço de Registro de Imóveis. Ou, coerentemente, também em relação ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas ter sido deixado a cargo da Corregedoria Nacional de Justiça a fixação de critérios.

Faltou um padrão.

#### **4.13 Tombamento de Bens Imóveis e de seu Eventual Cancelamento**

Quando a Lei 6.015, de 31-12-1973, foi publicada, o inciso I do art. 167, o que cuida dos registros possíveis em um Serviço de Registro de Imóveis, tinha treze itens. Em 1980, começou a inserção, por outras leis, de novos itens.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, inseriu três novos itens ao inciso I do art. 167 da Lei 6.015, de 31-12-1973, chegando ao número de 36.

A partir da inserção de mais um item, passou-se a ser competência do Serviço de Registro de Imóveis fazer, o registro do tombamento de bens imóveis como patrimônio público. Quando há início do processo administrativo de tombamento de um imóvel como patrimônio público, já é possível providenciar uma espécie de registro ao pé da matrícula do imóvel. É um anúncio público de que o imóvel já está em fase de se tornar patrimônio com alguma restrição em relação ao uso. Por ser um registro público, evita que adquirente de boa-fé compre o imóvel e, dias após, seja surpreendido pelo fim do processo que não chega a inviabilizar a alienação, mas compromete o imóvel em algum aspecto.

O fim do processo administrativo de tombamento de um imóvel deve ser registrado, dando o caráter de definitivo ao ato administrativo. E se houver interrupção do processo de tombamento, também pode ser registrado o cancelamento da iniciativa.

### **5 OUTRAS MODIFICAÇÕES**

A Lei 14.382, de 27-6-2022, alterou também outras Leis, além da Lei 6.015, de 31-12-1973, em tópicos que têm liame com os registros públicos. Especialmente, o registro imobiliário.

Essas novas redações e revogações parciais (derrogações) não se incluem no objeto do presente artigo. Mas, uma leve ou breve referência a elas faz parte de um didático estudo. Assim, são exemplos de ações modificadoras da Lei 14.382, de 27-6-2022:

- Lei 4.591, de 16-12-1964, em relação às obrigações do incorporador, quando da construção de prédios, o que faz com que haja a transformação da matrícula de um só lote em várias matrículas individuais, sendo uma para cada apartamento, ou sala, ou loja;

- Lei 6.766, de 19-12-1979, trazendo regras especiais em relação ao parcelamento do solo urbano (loteamento e desmembramento);
- Lei 8.935, de 18-11-1994, autorizando o pagamento de custas e das despesas por meio eletrônico, e permitindo que a Serventia conceda, ao usuário, parcelamento do pagamento dos emolumentos, custas e despesas;
- Lei 10.406, de 10-1-2002 (Código Civil), autorizando que as assembleias gerais das pessoas jurídicas (nas quais se incluem os condomínios) possam acontecer por meio eletrônico (videoconferência, WhatsApp, etc.).

Mais duas Leis foram alteradas. Mas, as informações transcritas anteriormente são as mais relevantes. As próprias Leis informadas nos marcadores anteriores, presentes neste item, contêm outras modificações.

E também aconteceram revogações de artigos de oito leis. Mas, também conforme já referidos, os impactos são menores em relação à Lei dos Registros Públicos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei 6.015, de 31-12-1973, tem 299 artigos. Alguns deles são desmembrados em parágrafos, incisos, alíneas e itens em quantidade suficiente para ultrapassarem, por si sós, o tamanho de outra lei. Explicando melhor: um só artigo da Lei 6.015, de 31-12-1973, é mais extenso do que muitas leis existentes. Exemplificando, os arts. 167 e 213 são, em suas individualidades, ou seja, cada um deles, maiores do que muitas leis separadas que existem.

Além da quase três centenas de artigos, com o passar desse tempo que já completa cinquenta anos, muitos artigos foram acrescentados. Para tal, a inserção se dá com a criação de um novo artigo com número que mantém a numeração do artigo anterior e recebe o acréscimo de letras, como os arts. 7.º-A, 70-A, 94-A, 127-A, 176-A (já existiu o art. 176-B, que foi inserto por uma Medida Provisória que não foi convertida em Lei), 195-A, 195-B, 206-A, 216-A, 216-B, 235-A, 237-A, 247-A, 251-A e 290-A. O art. 288 hoje é solteiro, mas já existiram os arts. 288-A até 288-G.

São, portanto, muito mais do que trezentos artigos em uma só Lei.

É uma Lei que, por si só, tem a mesma quantidade de artigos de alguns Códigos.

As alterações em uma lei cinquentenária visam colocar a norma em consonância com os compassos do tempo.

As mais profundas alterações da Lei 6.015, de 31-12-1973, após a sua entrada em vigor no primeiro dia do ano de 1976, foram as proporcionadas pela Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022. Lei que veio mais encorpada do que a Medida Provisória que a originou, porque muitos foram os projetos de emenda que os Parlamentares procederam.

Ao colocar a Lei dos Registros Públicos em harmonia com os tempos cibernéticos, as providências foram a criação efetiva do Sistema Eletrônico de Registros Públicos e a adaptação dos trabalhos das Serventias Extrajudiciais – os Serviços de Registros Públicos, anteriormente chamados de cartórios – com as obrigações de ofertar o resultado que lhes forem requeridos, com maior celeridade e sempre dentro dos conceitos de segurança e eficiência.

Em um campo tido como muito conservador – os carimbos e os pesados livros são símbolos e ícones dos trabalhos dos “cartórios” – as inovações da tecnologia de inteligência precisam ter aplicação normatizada. Por isso, uma Lei de aplicação em todo o Brasil.

Também se deve lembrar que a inteligência artificial não pode ser utilizada apenas por algumas das Serventias, e ainda sob o escuro de como os órgãos fiscalizadores – a Corregedoria Nacional de Justiça, de força nacional; as Corregedorias-Gerais de Justiça em cada Estado Membro; e os Juízes Diretores do Foro, em cada Comarca – que, ao aplicarem a Lei, poderiam não aceitar os mecanismos evoluídos de uns em comparação com o passo lento de outros. Fato que traria uma falta de padrão nacional. Por isso, a validade de uma Lei que coloque todos os Serviços Registrais – e os Serviços Notariais – no mesmo patamar em termos de inteligência artificial.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, é a portadora dessas boas-novas acrescentadas à Lei dos Registros Públicos. Ou atualizadora dessa norma. Atualizou também outros procedimentos próprios de tópicos relacionados aos registros públicos, como as incorporações imobiliárias, a divisão ou parcelamento do solo urbano, as construções em condomínios, e outras.

Somente em relação à Lei 6.015, de 31-12-1973, a Lei 14.382, de 27-6-2022, deu nova redação, ou acrescentou outros, em um total de 37 artigos, representando mais de duas centenas de inovações.

Toda essa força qualifica a necessidade de estudo de algumas dessas novidades, o que se deu neste artigo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico 89/2013, Brasília, DF, 15 maio 2013, p. 2.

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

BRASIL. Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.ºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 2009.

BRASIL. Lei 14.382, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis n.ºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis n.ºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de

2021. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 jun. 2022.

BRASIL. Medida Provisória 1.085, de 27 de dezembro de 2021. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos - SERP, de que trata o art. 37 da Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009, e altera a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei n.º 11.977, de 2009, a Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e a Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 2021.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: disposições gerais e disposições finais e transitórias: arts. 1.º a 28 e 289 a 299. v. 1. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro civil das pessoas naturais: arts. 29 a 113. v. 2. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro civil de pessoas jurídicas e registro de títulos e documentos: arts. 114 a 166. v. 3. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro de imóveis: arts. 167 a 288. v. 4. Curitiba: Juruá, 2022.

Submissão em: 25 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 4 de novembro de 2022

### **Como citar este artigo científico**

VELOSO, Waldir de Pinho. Modificações capitais na lei dos registros públicos, feitas pela lei 14.382, de 27-6-2022. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 386-413, set.-dez. 2022.



Áframhaldandi Rannsóknir  
Astudiaethau Parhaus  
Continued Studies  
Devam Eden Çalışmalar  
Estudios Continuados  
Estudis Continuats  
Études Continues  
Folytató Vizsgálatok  
Fortsat Studier  
Fortsatte Studier  
Fortsättningsstudier  
Fortsetzung der Studien  
Jätkuðþingud  
Jatkuvat Tutkimukset  
Континуиране студије  
Континуирани студии  
Kontinuéierter Studien  
Kontynuowane Badania  
Nadaljevanje Študij  
Nastavak Studija  
Nastavne Studije  
Оқытуға Арналған Оқу  
Оқуды Жалғастыру  
Pokračovanie Študie  
Pokračující Studia  
Pokračujúce Študie  
Sgrùdaidhean Leantainneach  
Staidéar Leanúnach  
Studi Continua  
Studii Continue  
Studimet e Vazhdueshme  
Studji Kkontinuti  
Studji Kontinwi  
Tęstiniai Tyrimai  
Turpinājumi  
Turpinot Studijas  
Vervolgstudies  
Voortgezette Studies  
Продължава Проучвания  
Продовження Навчання  
Продолжени Студии  
Продолжение Обучения  
Продукты  
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS  
CONTINUADOS



## DERECHOS DE LAS MUJERES A ACCEDER A PUESTOS DE JERARQUÍA Y AUTORIDAD EN LAS ORGANIZACIONES RELIGIOSAS

ADELA PEREZ DEL VISO<sup>1</sup>

### ABSTRACT

La mayoría de los habitantes de Argentina mantiene algún tipo de creencia, o bien se ubica en una situación de “cristianismo cultural”, es decir, influenciada su cultura y estructura mental por la cultura cristiana, por el hecho de vivir en este entorno. El propósito de este trabajo es plantear y fundar de qué forma las mujeres son discriminadas sistémicamente en la mayoría de las organizaciones religiosas predominantes, pugnando al presente o en un futuro muy cercano se encuentren en igualdad de condiciones, con oportunidad de acceso a las funciones de autoridad y poder. Se analizan los escasos supuestos judiciales planteados y la llamada doctrina judicial de la “exclusión ministerial”.

**Palabras clave:** Derechos de la Mujer. Discriminación. Sistema patriarcal. Ministerios religiosos. Iglesias.

### ABSTRACT

In Argentina, most of the population holds some kind of belief, and it could be said that there is somehow some sort of “cultural Christianity, in general. We are all influenced by religion, even because we live in this environment. This

<sup>1</sup> Abogada (UNL 1986), notaria (UNL 1988), profesora de inglés (IFDC San Luis 2014), Diplomada en derecho de las familias (U.C. de Cuyo San Luis, 2017), maestranda en derecho del trabajo y relaciones internacionales (UNTREF, tesis en curso), especialista en educación y Tic y especialista en educación y derechos humanos (IFDC San Luis, 2017 y 2018, por Conectar Igualdad), Especialización en curso por UN Quilmes en Educación en entornos virtuales. Juez de la Cámara Laboral número uno de San Luis, provisoria, desde el 5-9-22. Ha sido Juez provisoria desde Mayo 2021 a Junio 2022 en la III Circunscripción de San Luis, Juez Civil Comercial Ambiental y Laboral. Es formadora Ley Micaela y Directora de la Diplomatura en Inglés jurídico para Derechos Humanos 4ta Cohorte de la U.C.C. sede San Luis. Coautora de “Women Rights in context”. (Juris/ Editorial Tomas Jofre). E-mail: adelamperezdelviso@gmail.com

work aims to study how Women are cast apart and discriminated in the majority of religious organisations. We aim to position Women in equal conditions and rights in the near future, with equal possibilities to hold power in front of society. In this work we analyse some precedents and the so called “ministerial exception” doctrine.

## 1 INTRODUCCIÓN

Según encuestas informadas en el año 2010,

un muy alto porcentaje, de la población, el 88%, es creyente en Argentina. La religión mayoritaria es el Cristianismo. El 85,15% de su población lo profesa. [...] En cuanto al cristianismo, éste ha aumentado. En la encuesta anterior lo profesaban el 84,54% y según los últimos datos lo profesa el 85,15% de la población (AUMENTA, 2010).

Observamos entonces que la mayoría de los habitantes de Argentina mantiene algún tipo de creencia, o bien se ubica en una situación de “cristianismo cultural”, es decir, influenciada su cultura y estructura mental por la cultura cristiana, por el hecho de vivir en este entorno.

El propósito de este trabajo es plantear y fundar la siguiente hipótesis de trabajo: las mujeres son discriminadas sistémicamente en la mayoría de las organizaciones religiosas predominantes, y se debe bregar porque al presente o en un futuro muy cercano se encuentren en igualdad de condiciones, con oportunidad de acceso a las funciones de autoridad y poder.<sup>2</sup>

Cabe destacar que este trabajo fue ponencia presentada en el XXIX Encuentro Nacional de La Plata (Provincia de Buenos Aires, Argentina) de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina, AMJA, denominado “Igualdad de género, cambio climático y su impacto en las mujeres” que se llevó a cabo en Agosto de 2022.

---

<sup>2</sup> En realidad la hipótesis podría ser extendida hacia la expresión “las mujeres y los colectivos LGTBQI+” pero ello provocaría una apertura mucho mayor de la discusión, que sería propia de otros trabajos de mayor extensión. La cuestión se centrará en consecuencia y por el presente sólo en la mujer como categoría de estudio.

## 2 LAS RELACIONES DE PODER

Para demostrar la hipótesis de trabajo mencionada en el punto anterior, partimos de esta premisa básica: “En toda organización existen relaciones de poder. El sacerdocio, el presbiterio, el carácter de líder o de pastor, el diaconado, son situaciones de poder”.

El autor Henri Fayol fue un técnico en administración de empresas y sistematizó determinados “Principios de la administración”, los cuales se estudian actualmente, a pesar de que fueron planteados hace muchos años. El segundo de sus principios de la administración es el ***derecho de mandar y poder hacerse obedecer***.

“En un jefe se distingue la autoridad legal inherente a la función y la autoridad personal formada de inteligencia, de saber, de experiencia, de valor moral, de aptitud de mando, de servicios prestados.” (FAYOL, 1991, p. 25).

Cabe preguntarse: en las organizaciones religiosas predominantes en Argentina, ¿Quiénes tienen la autoridad legal, es decir, el poder formal de mandar y hacerse obedecer? Ciertamente, no las mujeres.

A las mujeres se les niega sistemáticamente la función principal pastoral o de presbítero, y ello las obliga en consecuencia a colocarse siempre en situación de sumisión a las órdenes de los hombres, a quienes sí se autoriza a desempeñar tales funciones de poder.

Otro autor que estudió las relaciones de poder es Michel Foucault, que afirma que las personas están rodeadas de relaciones complejas y recíprocas, que generan la utilización de la otra persona en virtud de actos de dominación o sometimiento (ejercicio del poder), que se obtiene ya sea por violencia por la fuerza poderosa de las ideas o ideología.

Aunque a veces se utilice la violencia, aquellos procesos son el resultado de un cálculo en el montaje de una técnica proveniente de su conocimiento y convertida, a su vez, en tecnología política de ese cuerpo de ser humano, como obligación o prohibición y, una vez invadidas sus conciencias, pueden manifestarse en innumerables enfrentamientos o focos que se convierten en “micro poderes” y se extienden en toda la red para no desaparecer nunca (GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, 2015).

Existe ejercicio de micro poder no sólo por el hecho de que las mujeres no pueden ser sacerdotes y los varones sí; sino por la circunstancia de que numerosas mujeres creyentes se ven sometidas a decisiones de varones que, por ser sacerdotes, pueden encumbrarse en relaciones de poder en relación a las mismas.

Como ejemplo pondré una situación conocida personalmente por la autora de estas líneas, ocurrida hace unos quince años, en la cual las integrantes de una congregación reciente de monjas, fundada por impulso inicial de un sacerdote que era el confesor de las mismas, era destinada por éste a los servicios de lavado y planchado de sotanas de un grupo de frailes y sacerdotes, cocina y limpieza para estos últimos, y, en fin, tareas de cuidado del grupo masculino también liderado por el mismo fundador. Cuando las monjas manifestaron finalmente su disconformidad con seguir siendo las servidoras del grupo de varones, el fundador expresó que no las autorizaría a que tomen los votos permanentes, porque “ahora dudaba seriamente de que tuvieran vocación”.

Como ejemplos más recientes tenemos la denuncia ante INADI por presunta discriminación, y ante el Oficina de Violencia Familiar y de Género (OVFG) del Poder Judicial de Salta por presunta violencia, realizada por la Madre Priora de un convento de monjas con sede en Salta, contra el Sr. Obispo de esa provincia (TRES, 2022).

En mayoría de las Iglesias estadísticamente predominantes, el poder y la autoridad, la última palabra, la tienen los hombres.

La realidad de la Iglesia (y las Iglesias) es coextensiva con la jerarquía masculina, que es patriarcal en sus estructuras por el hecho de que un varón ordenado ocupe el vértice de la pirámide y tenga poder de gobernar sobre los clérigos y sobre el laicado. [...] control ejercido de arriba abajo. La Iglesia así entendida, es decir, como una jerarquía clerical-patriarcal, no sólo excluye a las mujeres del ejercicio de la autoridad, sino que establece sus límites a través de un control sexual (SCHUSSLER FIORENZA, 1985).

### **3 IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN PARA TODA LA SOCIEDAD**

Podría plantearse que la cuestión es meramente religiosa, y que en definitiva queda al arbitrio de cada persona sumarse o no a organizaciones religiosas, creer o no creer.

Podría incluso plantearse que se trata de una situación ajena al derecho, y meramente circunscripta a la intimidad de los grupos humanos.

Sin embargo, esta situación es transversal a toda la sociedad, y desde el interior de las organizaciones religiosas se instila al resto de las formaciones humanas. “Existe una tensión entre la política y la religión. El Estado y las iglesias, lo público y lo privado, en el marco en que la religión sigue siendo un referente cultural, social e incluso político.” (MENAJOVSKY, 2021, P.11)

Las mujeres y los varones nacen y crecen en un entorno donde se acostumbran a ver solamente hombres en puntos empoderados de autoridad moral y religiosa, y en numerosas ocasiones son educadas en colegios e instituciones que sostienen tal arbitraria, férrea, milenaria y decaída exclusión. Ese entorno cultural y educativo constituye una “malla indicial donde existe una polea de transmisión inexorablemente patriarcal” (SEPÚLVEDA, 2020, p. 23)

Como no se permite a mujeres llegar a las autoridades de los altares – de cualquier religión donde ello ocurra– “el ojo” no se acostumbra a la visión de “Mujeres-autoridades-religiosas”, y no sólo que constituye una prohibición dogmática, sino que visualmente “suena extraño” pensar que una mujer pueda colocarse detrás de un altar y realizar una Consagración o dirigir con toda su fuerza y autoridad un sermón en sesiones oficiales y públicas.

En una ceremonia religiosa que tuvo lugar hace unos diez años en la provincia de San Luis, un querido y renombrado sacerdote manifestó ante nutrida audiencia, que asentía con la cabeza, que no sabía por qué las mujeres hablaban tanto de que no se les daba poder suficiente en la Iglesia, siendo que “ellas estaban presentes en todo momento: ellas tenían la oportunidad de estar todo el día en la Iglesia porque limpiaban, o bien ponían las flores, arreglaban los altares, recibían las intenciones y las limosnas”.

Esto nos demuestra que las organizaciones religiosas que no le dan a la mujer el lugar y el derecho que le corresponde, no distinguen entre lo que significa las posiciones de poder y autoridad (por una parte) y el desempeño de tareas de cuidado (por la otra). Y se menciona aquí “organizaciones religiosas” dado que no se trata solamente de la Iglesia Católica sino de numerosas agrupaciones y cultos más, aunque es dable destacar que (como ejemplo de que el cambio sí es posible) “en (algunas de) las Iglesias evangélicas, en la anglicana y también en el rabinato, las mujeres han sido admitidas en la función antes reservada sólo a los hombres.” (BOFF, 2022)

#### **4 CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ACCESO A POSICIONES DE JERARQUÍA Y PODER POR PARTE DE LAS MUJERES**

Algunas de las consecuencias de la imposibilidad de la mujer de acceder a puestos de poder y autoridad iguales a los de los hombres son las siguientes:

- a) la imposibilidad de acceder a los puestos de mayor autoridad en las organizaciones religiosas relega a la mujer constantemente a una posición de hiposuficiencia y dependencia;
- b) partiendo de esta imposibilidad es que se verifica el fenómeno de que la perspectiva de las mujeres nunca llega a ser preponderante ya que será indefectiblemente decidido por un hombre. De esa manera, en estas organizaciones, se produce también un “sentido común patriarcal, que subordina a las mujeres, pero también oprime a los varones” (SEPÚLVEDA, 2020, p. 10). Ese sentido común patriarcal no es solamente perjudicial a las mujeres sino también a toda la comunidad religiosa de que se trate, y a toda la sociedad. Citando a Dora Barrancos en Sepúlveda, “La lucha es contra el patriarcado, no contra los varones. El patriarcado también agota a los varones.” (SEPÚLVEDA, 2020, p. 21);
- c) se producen microviolencias cotidianas conforme a las cuales un hombre siempre tiene que dictarle a la mujer lo que tiene que hacer en una parroquia o un grupo religioso, y puede vetar constantemente todas sus decisiones e iniciativas;
- d) existen procesos de segregación horizontal y vertical. En la generalidad, los medios de comunicación religiosos colocan a un hombre dando a conocer decisiones y criterios, sin que se observe a mujeres comunicando sus puntos de vista. Obviamente que si algún punto de vista femenino fuere contrario al de las autoridades –masculinas– religiosas, será vetado.

#### **5 JUSTIFICACIONES A LAS DIFERENCIAS CREADAS**

En diversas oportunidades se ha presentado el argumento de que, en razón de que la creencia respectiva está basada en Dios, o en su Divino Hijo, si la autoridad religiosa tiene que “re-presentarlos”, entonces debe ser masculina, pues en caso contrario alguien que no sea hombre no podría “personificarlo”, pues sería una *mujer*, visualmente diferente a la persona de Dios Padre o la persona de Dios Hijo.

Sin embargo, ello no pasa de ser una cuestión meramente cosmética y visual, dado que, tomando la misma fe cada culto, nadie se atreve a negar que el Señor es el Dios de todos, hombres y mujeres, y si vino su Hijo, vino para todos, hombres y mujeres, para hacer el bien para todos. Afirma un reputado teólogo que los sacerdotes o pastores son

sólo figuras y representantes del único sacerdocio de Cristo. Su función no puede ser reducida, como sostiene la argumentación oficial, al poder de consagrar. Se puede decir que toda la vida de Cristo es sacerdotal: se presentó como un ser-para-otros, defendió a los más vulnerables, también a las mujeres, predicó fraternidad, reconciliación, amor incondicional y perdón. No sólo en la última Cena se muestra sacerdote, sino en toda su vida, es decir, fue un creador de puentes y de reconciliación. La función del sacerdote ministerial no es acumular todos los servicios, sino coordinarlos para que todos sirvan a la comunidad como lo ha expuesto muy bien en muchos escritos el Cardinal Walter Kasper. Por el hecho de presidir la comunidad, preside también la eucaristía. Este servicio (que San Pablo llama “carisma”, y son muchos) puede muy bien ser ejercido por las mujeres como se muestra en las iglesias no romano-católicas y en las comunidades eclesiales de base (BOFF, 2022).

En otros sectores de origen católico se diferencia el “Perfil Petrino” del “Perfil Mariano”, destacándose que María, madre de Jesús, tuvo como una de sus principales virtudes, el mantenerse en silencio, obedecer y servir. Sin embargo, se trata una vez más de la teorización y expresión del lenguaje que devalúa a las mujeres, “dándolas a ellas, a sus roles, a sus labores, sus productos, y su entorno social, menos prestigio y poder que el que se les da a los hombres.” (FACIO; FRÍES, 2005, p. 1)

## **6 BENEFICIOS DE ADOPTAR ESTE PUNTO DE VISTA**

### **6.1**

En la actualidad, es indudable que el bien que se produzca a las mujeres es el bien de toda la sociedad, incluido el bien de los hombres. Como lo afirma Ángeles Van den Eynde, el bien de estos últimos queda lesionado si en una

comunidad alguno de sus miembros –más del cincuenta por ciento, las mujeres– no puede contribuir con toda la medida de sus posibilidades.

Si se rechaza a la mujer, se rechaza también un conjunto de valores imprescindibles para la creación, una parte del patrimonio cultural de la humanidad. El progreso humano y científico se logrará mejor integrando a las mujeres en el eje principal de la cultura dominante. Transformar esta situación exige cambios profundos. Cambios en la actitud de las mujeres, en nuestra propia valoración y autoestima. No hay nada inherentemente masculino en la ciencia, sólo es parte del territorio que correspondió al hombre en la lucha que dividió el trabajo social e intelectual entre los sexos en la sociedad europea. Se necesitan cambios también en las estructuras patriarcales de la ciencia, para hacerlas más democráticas, más participativas, más transparentes. Por último, cambios en las mentalidades, para acabar definitivamente con las tradiciones, los mitos y las cosmologías que durante siglos han pretendido expulsar a la mujer del conocimiento científico (VAN DEN EYNDE, 1994).

Esta autora se refiere a la vida de la ciencia, pero bien puede traspolarse a la vida en las iglesias.

## 6.2

Existe una corriente denominada “Eco feminismo”, la cual analiza de manera crítica los modelos tradicionales de vida, basados en la idea de que el hombre debe ejercer su dominio sobre la Naturaleza, y en esa parte del Génesis 1:28 que afirma “Sed fecundos y multiplicaos; llenad la tierra y sojuzgadla. Dominad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre todo ser viviente que se mueve sobre la tierra”. El eco feminismo considera que esta forma de pensar lleva a un “modelo de vida ecocida, patriarcal, capitalista y colonial, con riesgos a los que somete a las personas y al resto del mundo vivo” (ECOFEMINISMO, s. f.).

De esa manera, se proponen nuevas miradas para revertir esta guerra contra la vida. Se revisan los mitos que mantienen una fractura entre hombre y mujer, y entre seres humanos y naturaleza. Se reformulan conceptos como el de trabajo, economía y producción, y, sobre todo, se trata de revertir toda cultura basada en las jerarquías, que considere que unas vidas valen más que otras, o que el hombre vale más que la mujer.



## 7 CASOS JUDICIALES PLANTEADOS

En esta parte se debe afirmar con preocupación que no existen casos que se hayan planteado ante la justicia o discusiones de corte jurídico aún en otros ámbitos.

Por una parte, como veremos, existe una doctrina basada en la “Excepción ministerial”, proveniente de las cortes de E.U. de Norte América; y por la otra, la falta total de planteos de mujeres intentando que se reconozcan sus derechos a puestos de jerarquía en sus instituciones religiosas, da cuenta del extraordinario poder de estas últimas, que han naturalizado la idea de que tales reclamos no corresponden en lo absoluto, y la colonización de las mentes de mujeres y hombres, la cual lleva a considerar impensable opciones de reclamo como el que planteamos.

### 7.1

La “Excepción ministerial” en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos: la excepción ministerial es una doctrina legal que impide la aplicación de las normas antidiscriminatorias a las relaciones de empleo y función en las instituciones religiosas. Se puede observar en el *leading case* llamado “Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. E.E.O.C.”. Allí se afirma que la excepción ministerial surge en la primera enmienda de la Constitución de los E.U. cuando dice que se garantiza a los grupos religiosos “libertad [...] para elegir sus propios ministros.” (McCONNELL, 2012).

En dicho caso jurisprudencial dijo la S.C. de Estados Unidos

Una acción semejante (reincorporar a una ministra –educadora asimilada a ministra– que había sido desvinculada, interfiere con el gobierno interno de la Iglesia, privándola del control sobre la elección de aquellos que representarán sus creencias. Al imponer un ministro no deseado, el Estado infringe la cláusula de libre ejercicio que protege el derecho de un grupo religioso a fijar su propia fe y misión mediante sus nombramientos. Y, para el Estado, el poder de determinar las personas que ejercerán de ministros para los fieles también viola la cláusula de no establecimiento que prohíbe una injerencia gubernamental en decisiones eclesiásticas (RUBIO LÓPEZ, 2019, p. 117).

Es indispensable destacar que los fallos jurisprudenciales de Estados Unidos no tienen por qué ser determinantes en las soluciones judiciales en Argentina, máxime cuando Estados Unidos no ha ratificado numerosos pactos y tratados de Derechos Humanos que sí rigen en nuestro país.

## 7.2. El Caso Pavez Pavez

Vea Corte (2022) y Caso (2022).

En Chile, desde 1985, la señora Pavez trabajaba como profesora de religión católica en un colegio municipal, para lo cual debía contar con un certificado dado por las autoridades religiosas, en virtud de un decreto oficial que así lo disponía. En 2007, se conoció su orientación homosexual y por ello las autoridades religiosas que supervisaban su actividad como catequista decidieron revocar su certificado. Pavez planteó discriminación judicialmente y perdió en todas las instancias.

Luego, llevó la cuestión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, por unanimidad, encontró responsable al Estado chileno de violar los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada, al trabajo, y a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de la señora Pavez. Se introdujeron algunas consideraciones en materia de libertad de religión. Se trata en este fallo la figura de la “excepción ministerial” proveniente de la jurisprudencia constitucional estadounidense y en ello la Corte solamente concluye que “la excepción ministerial y la discrecionalidad de las decisiones de las comunidades religiosas no son de aplicación en el ámbito de la educación en establecimientos públicos” [párr. 131] o, lo que es lo mismo, que no son aplicables al caso.

Aquí, afirma la Corte que la excepción ministerial “opera en actos que se relacionan con el funcionamiento de la comunidad religiosa” y que esta “se debilita y es menos robusta” cuando se proyecta en otros ámbitos [párr. 128] como el educativo”.

## 7.3

En autos “Castillo Carina c/ Provincia de Salta-M. de Educacion” del 12.12.2017, de la C.S.J.N., el voto del Dr. Horacio Rosatti expresó lo siguiente:

“No obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida, la neutralidad religiosa surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y la libertad de conciencia consagrados en la Constitución Nacional.”<sup>3</sup>

Desde esa neutralidad religiosa tan deseable, al menos debe ser posible analizar jurídicamente la exclusión que se está tratando en estas líneas, y plantear la discusión para visibilizar este faltante a los derechos de la mujer.

## 7.4

Las normas que establecen la igualdad de hombres y mujeres son, entre otras: la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer, receptada constitucionalmente por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (C.N.), la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 16 de la Constitución Nacional y concordantes de todas las constituciones provinciales, la Convención de Belén do Pará.

## 8 CONCLUSIÓN

El abandono de una postura que privilegie a la mitad de la humanidad (varones) en detrimento de la otra mitad (mujeres) para los puestos de autoridad y poder en las organizaciones religiosas, sin dudas redundará en la expansión de derechos, ideas, acción y bienestar de todos y todas, tanto en el ámbito de los creyentes como de toda la sociedad. Varones y mujeres nos beneficiaremos de ello. Es más, nacerán “nuevas vocaciones”, nuevos aires para las actividades espirituales, que signarán un cambio fundamental en la vida de las personas, familias y Estados.

Se plantea en el presente trabajo dado que no es sólo una cuestión religiosa o social. Es un derecho que tienen las mujeres.

Es que “La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Y si la mujer tiene el derecho a subir al cadalso, debe tener también igualmente el derecho de subir a la Tribuna.” (DE GOUGES, 1791).

<sup>3</sup> Castillo Carina c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educacion. CSJN 12-12-2017, Microjuris M J 111491-ar.

## REFERENCIAS

- AUMENTA el cristianismo en Argentina. 2010. En: DatosMacro.com. Disponible en: <<https://tinyurl.com/uwa64ydp>>. Consultado el: 30.7.2022.
- BOFF, Leonardo. No hay ninguna barrera doctrinal ni dogmática que impida el acceso de las mujeres al sacerdocio. 19.7.2022. En: Religión Digital. Disponible en: <[https://www.religiondigital.org/leonardo\\_boff\\_la\\_fuerza\\_de\\_los\\_pequenos/Boff-barrera-doctrinal-dogmatica-sacerdocio-mujeres-papa-francisco-obispos\\_7\\_2470322946.html](https://www.religiondigital.org/leonardo_boff_la_fuerza_de_los_pequenos/Boff-barrera-doctrinal-dogmatica-sacerdocio-mujeres-papa-francisco-obispos_7_2470322946.html)>. Consultado el: 30.7.2022.
- CASO Pavez Pavez v. Rep. de Chile. En: Microjuris. Cita: MJ-JU-M-136731-AR|MJJ136731|MJJ136731;
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pavez Pavez v. Rep. de Chile. Fallo del 04 de febrero de 2022. Disponible en: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf)>. Consultado 30.7.2022.
- DE GOUGES, Olympe (1748-1793). Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. Francia, 1791.
- ECOFEMINISMO. En: Ecologistas en Acción, Madrid, (s.f.). Disponible en: <<https://www.ecologistasenaccion.org/areas-de-accion/ecofeminismo/>>. Consultado el: 30.7.2022.
- FACIO, Alda; FRÍES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado. En: Academia - Revista Sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 3, n. 6, p. 259-294, Primavera 2005. Disponible en: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf)>. Consultado el: 30.7.2022.
- FAYOL, Henri. **Administración industrial y general**. Buenos Aires: El Ateneo, 1991.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Jorge. Michel Foucault: micropoder, poder y tecnología política. En: **Horizontes y Raíces**, La Habana, Ed. Facultad de Filosofía e Historia (Universidad de La Habana), v. 3, n. 1, p. 24-32, enero-julio 2015.
- McCONNELL, Michael W. Reflections on Hosanna-Tabor. En: **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge (MA), Ed. Harvard Society for Law & Public Policy (Harvard Law School Students), v. 35, n. 3, p. 821-837, 2012.
- MENAJOVSKY, Laura Saldivia. Límites a la potestad de la religión católica para discriminar: sobre el Caso Pavez y los *amici curiae* en favor de su pretensión. En: **Red Alas Unam 2021**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.

RUBIO LÓPEZ, José Ignacio. Jurisprudencia norteamericana sobre autonomía de las Iglesias y relaciones laborales: doctrina jurisprudencial de la excepción ministerial: parte I: antes de “Hosanna-Tabor”. Parte I. En: **Ius Canonicum**, Navarra, Ed. Universidad de Navarra, v. 59, n. 117, p. 79-119, 2019. Disponible en: <<https://revistas.unav.edu/index.php/ius-canonicum/article/view/36677>>. Consultado el: 1.8.2022.

SEPÚLVEDA, Patricia Graciela (Comp.). La palabra encendida: conversaciones con Dora Barrancos, feminista en acción. Bernal (Argentina): Universidad Nacional de Quilmes, Departamento de Ciencias Sociales, Unidad de Publicaciones para la Comunicación Social de la Ciencia. 2020. Disponible en: RIDAA-UNQ. Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes. <<http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2986>>.

SCHUSSLER FIORENZA, Elisabeth. Romper el silencio, lograr un rostro visible. En: **Concilium: Revista Internacional de Teología**, Estella (Navarra), Ed. Verbo Divino, n. 202, p. 301-320, 1985.

TRES monjas de clausura denunciaron al arzobispo de Salta por violencia de género. En: Infobae. 20 de Abril de 2022. Disponible en: <<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2022/04/20/tres-monjas-de-clausura-denunciaron-al-arzobispo-de-salta-por-violencia-de-genero/>>. Consultado 30.7.2022.

VAN DEN EYNDE, Ángeles. Género y ciencia, ¿términos contradictorios? 1994. En: Rieoei.org. Disponible en: <<https://rieoei.org/historico/oeivirt/rie06a03.htm>>. Consultado el: 30.7.2022.

UNITED STATES. Congress. US Equal Employment Opportunity Commission. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School, Washington, Congress, p. 176-196, 2012.

Submissão em: 17 de novembro de 2022

Último Parecer favorável em: 16 de dezembro de 2022

### Como citar este artigo científico

PEREZ DEL VISO, Adela. Derechos de las mujeres a acceder a puestos de jerarquía y autoridad en las organizaciones religiosas. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 3, p. 416-428, set.-dez. 2022.

A Benyújtás Feltételei  
Amodau Cyflwyno  
Başvuru Koşulları  
Bedingungen für die Einreichung  
Betingelser for Indsendelse  
Betingelser for Innsending  
Coinníollacha Maidir le hAighneacht  
Condiciones de Envío  
Condições para o Envío  
Condicions per a L'enviament  
Condiții de Depunere  
Conditions de Soumission  
Conditions for Submission  
Condizioni per la Presentazione  
Criteri Redazionali  
Cumhachan Airson Tagradh  
Esitamise Tingimused  
Esityksen Ehdot  
Iesniegšanas Nosacījumi  
Konditione fir d'Soumissioun  
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni  
Kushtet e Paraqitjes  
Norme Editorial  
Pateikimo Sąlygos  
Podmienky Predkladania  
Podmínky pro Předkládání  
Pogoji za Oddajo  
Skilyrði fyrir Framlagningu  
Тапсыру Шарттары  
Uslovi za Podnošenje  
Uvjeti za Podnošenje  
Villkor för Inlämning  
Voorwaarden voor Inzending  
Warunki Przedłożenia  
Услови за поднесување  
Услови за подношење  
Условия подачи  
Условия за Подаване  
Умовы для Прадстаўлення  
Умови подання  
Προϋποθέσεις για Υποβολή

# CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

## CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

**Art. 1.º** As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

**Art. 2.º** Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

**Art. 3.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

**Art. 4.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

**Parágrafo único.** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

**Art. 5.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

**Parágrafo único.** Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

**Art. 6.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

**Art. 7.º** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

**Art. 8.º** A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

**Art. 9.º** Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**§ 1.º** Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

**§ 2.º** O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

**§ 3.º** As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

**§ 4.º** As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;



- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

**§ 5.º** O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

**§ 6.º** As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

**Art. 10.** Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

**Art. 11.** Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

## **CAPÍTULO II**

### **ARTIGOS CIENTÍFICOS**

**Art. 12.** Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

**Art. 13.** Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

**Art. 14.** Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

**Art. 15.** Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

### **CAPÍTULO III**

#### **DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS**

**Art. 16.** Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

**Art. 17.** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

## **CAPÍTULO IV**

### **A SUBMISSÃO**

**Art. 18.** A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

**Parágrafo único.** O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

**Art. 19.** A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

**§ 1.º** Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

**§ 2.º.** Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

**Art. 20.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

**Art. 21.** A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

**Art. 22.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

**Parágrafo único.** Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

**Art. 23.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

**Art. 24.** Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Art. 25.** Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

## **CAPÍTULO V**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Art. 26.** As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

**Art. 27.** O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

**Parágrafo único.** As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

**Art. 28.** O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

**Professor Mestre Richardson Xavier Brant**

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

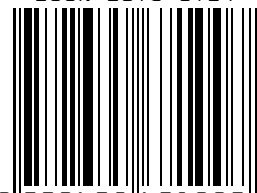
**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,  
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.





ISSN 2675-6714



9 772675 671007