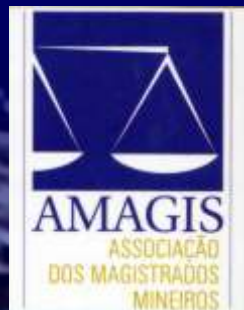


REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 15 - n. 1 (jan.-abr. 2023)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 15, n. 1, jan.-abr. 2023



Belo Horizonte

2023

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 15, n. 1, jan.-abr. 2023)

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor Fábio da Silva Veiga - Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto - Porto, Portugal.

Professor Doutor José Renato Nalini – Uniregistrat - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata - Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Manoel dos Reis Moraes – Escola Judicial Edésio Fernandes (EJEF) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – de Portugal).

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação e editoração gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG

www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 15, n. 1 (jan./abr. 2023) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2175-3849

Multilíngue (português/inglês/francês/espanhol/italiano).

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos
Bibliotecária CRB 13/871

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS: A VIA DE MÃO DUPLA ENTRE A PERDA DA PRETENSÃO JURÍDICA PUNITIVA E A GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Adélia Alves Rocha e Leandro Gabriel Moura Teixeira Mota..... 15

2

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

Carmen Grau Pineda..... 43

3

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE

Edson da Graça Francisco Macuácuá..... 65

4

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Luis Eduardo Rey Vázquez..... 105

5

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL: UM ORDENAMENTO JURÍDICO REALISTA?

Marcela Valente Costa..... 197

6

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, FALSAS NOTICIAS Y DISCURSOS DE ODIOS: ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PERSECUCIÓN PENAL

Marcelo A. Riquert..... 221

7

THE SPLINTERNET

Mark A. Lemley..... 245

8

A RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA EM DOCUMENTOS FOTOGRÁFICOS

Vitor Luís de Almeida e Celina Ilda Ruas de Oliveira Cangussu..... 293

9

O MOMENTO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS, EM ATOS NOTARIAIS

Waldir de Pinho Veloso..... 319

10

DROIT COUTUMIER FAMILIAL HAÏTIEN: UN HERITAGE PLURISECULAIRE

Yves Lassard..... 357

EDITORIAL

A publicação de mais um número da Revista Amagis Jurídica vem animada pela celebração da conquista, completada no ano anterior, de continuados quatorze anos na missão de incentivar e difundir estudos e reflexões em torno da compreensão do mundo, de seus principais conflitos, consensos e desafios, no âmbito dos quais se encontram os cidadãos envolvidos em debates e disputas na enunciação e realização do Direito.

Um ponto de consenso, mais marcante do aspecto cognitivo-instrumental, aponta a imprescindibilidade de partir do diagnóstico realista e esclarecido, em alguma medida crítico e problematizador, inteirado dos avisos quanto aos discursos que se prestam à legitimação e construção da hegemonia de determinada ordem econômica, social e cultural.

O desenho de um caráter crítico-emancipador deve guardar aptidão para mostrar as inconsistências e complexidades de um sistema jurídico por demais carente de solidariedade, isonomia, efetividade e justiça. Em cada campo específico da sociedade civil, a compreensão do pano de fundo das relações sociais, da forma de desenvolvimento em cada segmento a ser delimitado, deve servir ao descobrimento, – para além dos biombos discursivos, generalizações e normalizações, – do conjunto de interesses, valores e disputas que ocorrem em seu interior e demandam vigilante exposição.

E de maneira especial, destacada por sua singular relevância, devem ser identificados os agentes e suas estratégias de atuação,

e como podem ser encaminhadas soluções transformadoras, cuja construção somente pode ser encontrada a partir de um diálogo horizontal, em que o pretexto e mote central sejam superar a exclusão e a desconsideração de qualquer pessoa que figure como destinatária, e que se disponha à participação cívica na formação das decisões, direito já enunciado e reconhecido na Constituição e nas leis.

A viabilidade das soluções e o conteúdo devem contemplar e realizar, para que sejam adequados ao projeto de convivência posto na Constituição Federal, o mais amplo acolhimento das reivindicações das pessoas envolvidas ou alcançadas pela decisão, no propósito de abertura que seja fiador da construção da legitimidade.

Legitimidade que sirva de parâmetro e diretriz para realização dos valores da comunidade, previstos na Constituição, conformados em torno da dignidade das pessoas, e que visem claramente a ultrapassar o reducionismo de um viés excessivamente abstrato.

Pretende-se, ainda, que o propósito de realização de direitos seja previamente programado, na constituição permanente da lógica do sistema social, informando uma orientação interpretativa que enfrente o desafio de coibir e superar o arbítrio, a prepotência revelada no fascismo tecnocrata de traço neoliberal, cada vez mais travestido em posições populistas.

Para que sejam evitadas referidas imposições autoritárias, deve-se ter em conta que os interesses de poucos segmentos favorecidos não raro são apresentados como bem comum, como se constituíssem afirmação uníssona de inexistente interesse geral, ou de qualquer outra expressão falaciosa utilizada como estratégia retórica, maquiada de modo sedutor.

Há que se manter vigilância crítica em torno da conservação da instabilidade (*instability*) antidemocrática, a qual sempre se encontrou afastada, por atávico vício de formação reacionária, dos interesses de segmentos desfavorecidos que não encontram espaço

próprio de manifestação, pois soterrados nos procedimentos do fluxo institucional ainda um tanto distantes da influência dos cidadãos comuns e de suas principais reivindicações.

Referidas posições se reproduzem, nas expressões de uma teologia economicista e no direito reacionário que a sustenta no plano nacional e internacional, caricaturada nos arroubos de luxo e sofisticação de padrões e estilos de vida encontrados, sobejamente, na intensa acumulação de riqueza, de renda e de bens materiais em mãos de reduzidos grupos, nas corporações transnacionais e pelas pessoas que as controlam ou delas participam.

Esse cenário pós-moderno, nos arrastamentos da globalização de acento econômico, tem, como consequência imediata, um previsível e evitável abandono, – exatamente por isso cruel e perverso, – de uma imensa população do globo que se encontra completamente desconsiderada. À margem, inteiramente, das conquistas básicas do processo civilizatório.

A indiferença, suficientemente alardeada, não se ocupa em elaborar soluções viáveis, no campo da redistribuição de bens e recursos, para que haja, no mínimo, amenização das condições de miséria e pobreza características e fruto das desigualdades que se ampliam, e de toda sorte de injustiças e padecimentos humanos que daí se originam.

Esse quadro de contrastes, miséria da espécie (des)humana, evidencia a contínua degradação de um projeto civilizatório que se justifica tão somente na disputa ideológica que engendra planos de desenvolvimento e inclusão nunca realizados, como pode ser constatado nos planos econômicos de recuperação ditados pelos países “desenvolvidos”. O desvendamento de suas verdadeiras motivações pode ser encontrado na crítica sociológica, na análise dos períodos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, sobretudo na época de expansão dos mercados capitalistas para além dos espaços nacionais.

Eis alguns dos antigos e ainda bem vivos desafios que convidam à reflexão na produção do Direito e na compreensão mais realista da sociedade civil e do Estado que com ela se integra. Cultiva-se a pretensão de que essas reflexões possam gerar uma posição mais engajada, iluminada por viés crítico e autocrítico, atenta aos promissores resultados que podem advir de uma atuação proativa e consequente.

A publicação científica proposta neste espaço está sob a régua das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e das orientações do Conselho Editorial, para cumprir sua missão sem desconsiderar o contexto e o pretexto que se quer claro e expresso.

Sempre na busca de renovar a atenção, a passo e compasso, em posturas que não sejam capturadas na armadilha da assunção de posições ideológicas que possam impedir a credibilidade dos objetivos próprios da produção científica elaborada. Intenta-se a equidistância possível, em permanente vigilância epistemológica, com a advertência e o esclarecimento de que a neutralidade é ficcional.

A composição do Conselho Editorial da Revista Amagis Jurídica, nesse anunciado conjunto de propósitos, conta com Professores Doutores, com vivência no Magistério Superior, experiência na Magistratura ou como operadores jurídicos. Essa composição heterogênea favorece a promoção de intercâmbios, enriquece o debate, e incentiva o diálogo interinstitucional, em ambiente e espaço fecundo de instigante diversidade cultural e social.

A preservação da diversidade de colaborações dos integrantes do Conselho Editorial permite que a Revista alcance outros limites territoriais e enfoques variados. Neste número, por exemplo, há autores da Argentina, do Brasil, da Espanha, dos Estados Unidos, da França, de Moçambique e de Portugal. Em relação aos temas tratados

nos textos científicos, a meta de abrangência também se amplia para atrair variadas contribuições em cada número. Dez estudos compõem esta edição, em abordagens de temas sobre a produção do Direito contemporâneo em todos esses contextos e lugares.

O primeiro texto trata da prescrição aplicável aos processos administrativos instaurados por aplicação de multas ambientais. O trabalho é a contribuição da Professora Mestre Adélia Alves Rocha, estudiosa do Direito Ambiental, em parceria com o Professor Especialista Leandro Gabriel Moura Teixeira Mota, da área do Direito Notarial e de Protesto de Títulos. Ambos se destacam também em movimentos associativos em seu respectivo campo de trabalho.

Mais voltado ao Direito Constitucional, no trato dos Direitos Fundamentais, o segundo texto é do Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácuá, ex-Secretário do Estado da Província de Manica e atual Vice-Ministro da Educação (encarregado da Educação Superior), em Moçambique. Mostra o autor a experiência de aplicação de Direitos Humanos na Constituição daquele país da comunidade lusófona.

Trazendo uma experiência na América Latina, outra contribuição de um membro do Conselho Editorial, em que se aborda o Direito Processual Administrativo, guiado pelo fio da constituição do devido processo legal. A autoria é do Magistrado e Professor Doutor Luís Eduardo Rey Vázquez, o qual partilha a prática na aplicação do tema no exercício do cargo de Presidente do “Superior Tribunal de Justicia” da Província de Corrientes, na Argentina.

Partilhando o aprendizado na luta contra a violência doméstica em Portugal, um estudo de Direito Penal na análise dos tipos de violência doméstica. A autoria é da Professora Doutoranda (com Mestrado) Marcela Valente Ferreira da Costa, ligada à Universidade Católica Portuguesa e integrante do Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID) daquele educandário.

Abordando a influência da inteligência artificial no controle ou na identificação dos usos dos meios de comunicação social (redes sociais) para divulgar notícias falsas, um tema palpante, encontra-se um estudo sobre as redes sociais. O que se destaca são os detalhes acerca da internet e o debate necessário, cada vez mais difundido, sobre os limites legais de controle da internet, atento à preservação dos direitos de expressão. Brinda-nos com este estudo o Professor Doutor Marcelo Alfredo Riquert, nosso vizinho da Argentina, formado nos quadros da prestigiosa “Universidad Nacional de Mar Del Plata”.

Em mais uma contribuição a esta temática, na explicitação de que a inteligência artificial tem estreita ligação com a internet, o estudo do Professor Doutor Mark A. Lemley, da “Stanford Law School”, onde dirige o Centro de Direito, Ciência e Tecnologia. A pesquisa indica os campos utilizados pela internet e fala da origem e evolução, da necessidade de regulamentação da internet (tanto nos equipamentos quanto nos programas e a utilização popular). Ousa o autor afirmar que, em não havendo cuidado e estudo dos próximos passos, “a internet vai morrer”, porque pode vir a ser suplantada por outras tecnologias, indicativo que se vislumbra a partir do potencial desenvolvimento da inteligência artificial.

Entre nós, destaca-se um relevante estudo que mostra a perícia grafotécnica, resultado de laboriosa pesquisa, e a correlação de seu emprego como meio de prova no processo judicial. A contribuição é do jovem Magistrado Doutor Vítor Luís de Almeida, Professor da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), em parceria com a jurista e perita judicial Celina Ilda Ruas de Oliveira Cangussu, egressa da Faculdade de Direito Santo Agostinho de Montes Claros.

Outro estudo partilhado pelo Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso, jurista e escritor com reconhecida expertise no campo do Direito Notarial e Registral, esclarece a questão do recolhimento

do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, cuja comprovação deve ser demonstrada aos Serviços Notariais e Registrais. A discussão se relaciona ao momento adequado para comprovação do recolhimento do tributo que incide sobre a transmissão imobiliária “inter vivos”, relativa ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Afigura-se relevante a determinação do momento para que o contribuinte se oriente quanto à obrigação de apresentação do comprovante: se perante o Serviço Notarial, quando da lavratura da escritura, ou no Serviço Registral de Imóveis, por ocasião do registro da escritura. A questão alcança todos os 5.569 municípios do Brasil, e desafia uma padronização, como se já verifica do Tema 1.113 editado no âmbito do sistema de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, no que se relaciona à base de cálculo do referido tributo.

Um estudo relativo ao Direito de Família, vindo da região da América Central influenciado pela cultura francesa, aparece no artigo do Professor Doutor Yves Lassard. Lente vinculado à “Université Grenoble Alpes – Droit”, que leciona na França e no Haiti, e vale-se desta vivência docente para abordar a legislação haitiana acerca do Direito de Família. A abordagem chega até às particularidades herdadas do povo passado, como a “plaçage” que funciona como um ato de morar junto sem intenções de casamento e de fundar um lar, o que diferencia até da união estável ou da simples coabitação sem compromisso de constituir família. O autor também mostra estudos em relação aos costumes e à moral haitianos relacionados ao casamento, incluindo as “qualidades” que se exige das noivas.

Na área do Direito Laboral associado ao Direito Previdenciário, a Professora Doutora Carmen Grau Pineda contribui com uma experiência da Espanha. Parte a estudiosa da “Facultad de Ciencias Jurídicas” da “Universidad de Las Palmas Del Gran Canaria” do fato de que, quando do exercício das profissões, raramente são destinados às mulheres os cargos mais elevados. Por serem esses cargos mais elevados quase sempre reservados aos homens, as mulheres não

somente ganham menos enquanto estão na ativa como chegam à aposentadoria com ganhos menores do que seus colegas do gênero masculino. Isso porque a diferença na remuneração durante a carreira laboral, quando ainda em atividade, afeta a contribuição previdenciária baseada em valores menores e reduz o cálculo do benefício previdenciário respectivo.

Todos os estudos foram tratados com originalidade, sistematizados com rigor, e enfrentam as citadas novidades em cada campo do saber. E com essa palavra (“saber”) se aviva a lembrança de que houve o cuidado de que tudo fosse preparado e pensado em ser agradável aos estudiosos – desde a seleção de cada um dos artigos a serem saboreados até a diagramação e apresentação final. E com uma breve nota semântica, – permita-me, caro leitor, – acordar a memória de que “saber” e “sabor” têm origem e um especial gosto comum.

Destacam-se o esforço e o entusiasmo da Associação dos Magistrados Mineiros (AMAGIS) e da Escola Superior da Magistratura Desembargadora Jane Silva (EMAJS) para que esta Revista lograsse manter sua publicação em continuidade por três lustros seguidos.

Ficam nossos agradecimentos a todos que contribuíram para o alcance deste objetivo, sobretudo àqueles que nos antecederam, celebrados na renovação do profundo sentimento de gratidão aos autores, membros do Conselho Editorial, e a todos que se dedicaram e se empenham, sem medir esforços, ao cumprimento da tarefa altaneira de produção científica.

Richardson Xavier Brant
Editor

O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS: A VIA DE MÃO DUPLA ENTRE A PERDA DA PRETENSÃO JURÍDICA PUNITIVA E A GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO¹

Adélia Alves Rocha²

¹ **Como citar este artigo científico.** ROCHA, Adélia Alves; MOTA, Leandro Gabriel Moura Teixeira. O reconhecimento da prescrição intercorrente nos processos administrativos de apuração de infrações ambientais nos estados-membros e municípios: a via de mão dupla entre a perda da pretensão jurídica punitiva e a garantia ao direito fundamental à razoável duração do processo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 15-41, jan.-abr. 2023.

² Doutoranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC. Especialização junto ao Departamento de Jurisprudência da Faculdade de Direito da Universidade de Pisa-Itália (UNIVERSITÀ DI PISA/ DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA). Mestrado em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Minas Gerais (UNIMONTES). Pós-graduação (Especialização *Lato Sensu*) em Direito Ambiental e Gestão Estratégica de Sustentabilidade pelo Instituto Educacional Santo Agostinho (FADISA). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Bolsista em Programa de Iniciação Científica da CAPES (2005/2006). Bolsista de Produção Científica FAPEMIG (2011/2013). Advogada. Professora no Ensino Superior - Instituto Educacional Santo Agostinho (2011 a 2018) e Universidade Estadual de Montes Claros MG-UNIMONTES (2015 a 2018). Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Montes Claros/MG (2017 a 2021). *e-mail*: adelialvess@yahoo.com.br

*Leandro Gabriel Moura Teixeira Mota*³

SUMÁRIO. I Contextualização da discussão. II A prescrição intercorrente em sede de processos administrativos de apuração de infrações ambientais nos Estados-Membros e Municípios e sua aplicação na jurisprudência. III O reconhecimento da prescrição intercorrente como uma expressão da segurança jurídica e Direito Fundamental do cidadão. IV O péssimo exemplo de Minas Gerais. V Considerações finais. Referências.

I CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO

É entendimento majoritário – dir-se-ia, quase unânime – na doutrina e jurisprudência, especialmente após as balizas teóricas sedimentadas pelo Professor Agnelo Amorim Filho (1961) em seu clássico e referencial artigo intitulado “*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”, que – salvo raríssimas exceções como, por exemplo, as ações de natureza declaratória e, mais recentemente no campo jurídico, a reparação ao dano ambiental *in natura* – ***a inação e/ou negligência do titular, aliado a passagem do tempo, são capazes de fazer sucumbir direitos e pretensões jurídicas, bem como suas consequentes ações de natureza condenatória.*** Sendo essa, aliás, a linha seguida pelo art. 189 do Código Civil (CCB - Lei 10.406, de 10-02-2002) e sufragada no Enunciado n.º 14 da I Jornada de estudos

³ Possui Especialização em Direito Constitucional e Processual Civil, atualmente é Tabelião no Estado de Minas Gerais [Aprovado em Concurso Público de Provas (objetiva/dissertativa/oral) e Títulos - Edital 02/2011 da CGJ/TJMG] e membro/presidente do Instituto de Estudos e Protestos de Títulos/Sessão Minas Gerais (IEPTB-MG). Professor das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros-MG entre os anos de 2008 e 2016 (cursos de Direito, Sistemas de Informação e Serviço Social). Advogou por sete anos, tendo sido inscrito nos quadros da OAB/MG sob o n.º 106.978. Graduado na 1.ª Turma da Faculdade de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros-MG (2002/2006). Tem experiência e atua na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Processo Civil, Direito Civil e Registros Públicos. *e-mail*: leandrogabriel1@yahoo.com.br

para interpretação e aplicação do Conselho da Justiça Federal. Este último, nos seguintes termos:

I Jornada de Direito Civil - Enunciado 14 - 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

Quanto ao Código Civil citado, o texto assim está anunciado:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular **a pretensão**, a qual se extingue, pela **prescrição**, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. [grifo nosso]

Assim, tem-se que a **prescrição extintiva de direitos**⁴, no ordenamento pátrio, é, simultaneamente, por um lado, uma espécie de punição em face da desídia consolidada no tempo e, por outro, a constituição de um direito subjetivo do outro polo do litígio, dado que as diretrizes de segurança jurídica e isonomia não permitem que alguém seja demandado *ad-aeternum* (TARTUCE, 2010, p. 181-183).

Neste cenário, com relação aos interesses de punição e arrecadação do Estado, a prescrição pode ocorrer em face da **pretensão executória** (isto é, àquela destinada a promoção da execução de sanção imposta ao término do processo administrativo em prazo de até cinco anos) ou **punitiva**. E pode atingir pretensões jurídicas tanto em sede de Direito Material, como no contexto de relações processuais, sejam elas judiciais ou administrativas.

⁴ Não é despidendo lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro também possui regramento sobre a denominada **prescrição aquisitiva de direitos**, cujo exemplo clássico é a usucapião e possui regramento próprio no CCB e demais legislações especiais.

Logo, tem-se que a *prescrição da pretensão punitiva* se subdivide em *prescrição da pretensão punitiva propriamente dita* e *prescrição da pretensão punitiva intercorrente*. Sendo que aquela se inicia a partir do fato (conduta/resultado) e se encerra com a coisa julgada administrativa. Esta, tem lugar a partir da lavratura do auto de infração e enquanto perdurar o processo administrativo de apuração de infração ambiental.

Aqui, interessa mais detidamente a análise de tema ainda tormentoso, ou seja, a possibilidade – ou melhor, o direito – de ver reconhecida a prescrição – dita intercorrente – por desídia/negligência do Estado na administração/gestão dos processos administrativos voltados a apuração de infrações ambientais e no cenário dos Estados-membros e Municípios da Federação.

II A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM SEDE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

O tema deste artigo se concentra no ponto mais tormentoso do debate, como já dito. Ou seja, a aplicação da prescrição intercorrente nos processos administrativos de apuração de infrações ambientais no âmbito das Unidades da Federação, ressalvada a União, pelo simples fato de que no cenário desta a questão já está devida e adequadamente regulamentada através da Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, e no art. 21, § 2.º do Decreto Federal 6.514, de 22-07-2008, de modo que não há mais espaço para discussões e controvérsias, mormente porque o prazo fixado em três anos para a prescrição intercorrente no âmbito da União foi ao encontro das diretrizes debatidas sobre o tempo razoável de duração dos processos no cenário internacional⁵.

⁵ Neste sentido, dentre outros, *vide* o conteúdo do art. 8.º, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos / Pacto de San José da Costa Rica (ratificada no Brasil pelo Decreto 678, de 06-11-1992) e o art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Já no âmbito das Unidades da Federação – leia-se Estados, Municípios e Distrito Federal – a questão tem se apresentado bem diferente e gerado debates e aplicações, muitas vezes, não uniformes do Direito, ocasionando uma quebra de isonomia e trazendo insegurança jurídica ao sistema, posto que situações análogas são apreciadas e julgadas de modo diferente nos diversos Tribunais de Justiça do país.

Nesta linha, trazem-se à baila – a título de exemplificação – julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Julgados que ilustram bem a divergência de posições sobre a matéria e mostram como a linha de interpretação e aplicação do Direito tem destoado entre as Turmas dos referidos Órgãos Julgadores:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – SANÇÃO ADMINISTRATIVA – INFRAÇÃO AMBIENTAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PROCESSO ADMINISTRATIVO – PARALISAÇÃO – PRAZO – DECRETO N.º 20.910/32. 1- Na ausência de regulamentação específica, no âmbito do Estado de Minas Gerais acerca da prescrição intercorrente da pretensão punitiva do ente público, decorrente de infração ambiental, aplica-se por analogia, o prazo de cinco anos previsto no Decreto n.º 20.910/32, incidente às pretensões em face da Fazenda Pública; 2- Há prescrição intercorrente da pretensão punitiva quando o procedimento de apuração do auto de infração ambiental fica paralisado, injustificadamente, por período superior a cinco anos. (TJMG-Apelação Cível N.º 1.0000.18.057043-4/004 - COMARCA DE Belo Horizonte - Apelante(s): NOG PARTICIPACOES S/A NOGPARG - Apelado(a)(s): INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS IEF-DJ: 11/10/2019) [grifo nosso]

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MULTA AMBIENTAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO ESTADUAL - RESP n.º 1.115.078/RS - PRESCRIÇÃO COMUM - INOCORRÊNCIA - SÚMULA

467, DO STJ E RESP n.º 1.112.577/SP - PROVIMENTO DO RECURSO. - **Consoante assentado no bojo do REsp. 1.115.078/RS, afetado como representativo da controvérsia, o parágrafo primeiro, do artigo 1.º, da Lei n.º 9.873/1999, que regulamenta o instituto da prescrição intercorrente, não se aplica aos processos administrativos em trâmite no âmbito municipal e estadual, já que a referida lei limita-se ao plano federal. - De igual sorte, dada a especificidade do instituto da prescrição intercorrente em nosso sistema, não é possível invocar o disposto no artigo 1.º, do Decreto 20.910/1932 para suprir a omissão legislativa, já que este diz respeito à prescrição do direito de ação. - Nos termos da Súmula 467, do col. STJ, e do que fora decidido no REsp. n.º 1.112.577/SP, também representativo da controvérsia, o prazo para a cobrança da multa por infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, contados do término do processo administrativo, eis que antes desse termo não é possível a cobrança do crédito por ausência de definitividade. - Na ausência de norma que regulamente a prescrição intercorrente no âmbito estadual e não tendo transcorrido cinco anos do término do processo administrativo até o ajuizamento da Execução Fiscal, deve ser rejeitada a tese de ocorrência de prescrição, suscitada em exceção de pré-executividade. (TJMG-APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0000.19.036006-5/001 - COMARCA DE PARACATU - APELANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): JOAQUIM ALVARES DA SILVA CAMPOS - INTERESSADO(S): INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS-DJ: 03/07/2019) [grifo nosso]**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. **MULTA** DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PARALISAÇÃO DURANTE MAIS DE CINCO ANOS A CONTAR DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INÉRCIA DA FEPAM. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE** CARACTERIZADA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DECRETO NO 20.910/32. No processo administrativo instaurado com vistas à imposição de multa ambiental aplica-se, por analogia, o prazo de prescrição quinquenal previsto no Decreto no 20.910/32. Verificada a inércia da Administração Pública, diante do transcurso

de lapso temporal superior a cinco anos entre a interposição do recurso administrativo e sua apreciação pelo Diretor-Presidente da FEPAM, a pretensão de impor sanção administrativa por infração ambiental resta fulminada pela prescrição intercorrente. Precedentes do STJ e desta Corte. Decisão singular reformada. Exceção de pré-executividade acolhida. RECURSO PROVIDO. (TJRS-Agravo de Instrumento, N.º 70082402801, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 31-10-2019 - Publicação: 05-11-2019) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. **MULTA POR AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO N.º 20.910/32. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. [...]** **Prescrição Intercorrente no processo administrativo. Tratando-se de multa ambiental, ainda que não tenha natureza tributária, o prazo prescricional é o quinquenal contido no art. 1.º, do Decreto n.º 20.910/32. Apesar de disciplinar o Decreto as pretensões contra a fazenda pública, deve ser aplicado extensivamente aos seus créditos, desde que outro prazo não seja previsto em lei especial, em razão do princípio da isonomia. Precedentes do STJ, processados na forma do art. 543-C do CPC.** Não tendo sido implementado o lapso quinquenal sem despachos e manifestações da autoridade administrativa, não resta configurada a **prescrição intercorrente** no processo administrativo. [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS-Agravo de Instrumento, N.º 70064112196, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em: 20-05-2015 - Publicação: 26-05-2015) [grifo nosso]

EXECUÇÃO FISCAL. **MULTA AMBIENTAL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PRAZO PRESCRICIONAL QUE SOMENTE TEM INÍCIO APÓS O TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. [...]** Desse modo, considerando que o crédito só

se tornou exigível após o término do procedimento **administrativo**, ocorrido em 25/10/2005, e que a execução foi ajuizada em 30/06/2006, não se operou a **prescrição** quinquenal. Em relação ao pleito de **prescrição intercorrente** administrativa, formulado às fls. 252/257, melhor sorte não assiste ao apelado. Alega o apelado a ocorrência de **prescrição intercorrente** no seio do **processo administrativo**, visto que interposta a impugnação administrativa em 19/12/2000, a decisão só se realizou em 25/10/2005, ultrapassando o prazo de três anos previsto na Lei Estadual n.º 5.427/2009. De início, há que se afastar a incidência do prazo trienal previsto no art. 74, § 1.º da Lei Estadual n.º 5.427/2009, visto que se trata de legislação posterior ao término do **processo administrativo**. Tem-se, portanto, que acaso fosse se reconhecer a ocorrência da **prescrição intercorrente** no âmbito do **processo administrativo**, não haveria como se considerar o prazo trienal pretendido pelo apelado. *Deveria ser considerado, por analogia, o prazo quinquenal que a Fazenda possui para cobrar o crédito não tributário. Sob essa ótica, verifica-se que, entre a impugnação e a decisão no processo administrativo, não se operou o prazo de cinco anos, não havendo que se falar em prescrição intercorrente.* Além disso, pelo que se verifica do referido **processo administrativo**, não houve inércia da Fazenda Pública apta a configurar a desídia na tramitação do feito. Isso porque, no curso do procedimento **administrativo** foram realizadas diversas movimentações pela administração pública para dar impulso ao **processo**, inclusive, solicitando informações dos órgãos competentes a respeito das alegações da apelada. Recurso provido. (TJRJ-AP. CIV. Processo: [0002838-63.2006.8.19.0045](#) – Rel. Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 07/03/2018 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL-Data de Publicação: 12/03/2018) [grifo nosso]

Assim é que, quando se analisam os diversos julgados dos Tribunais Estaduais pelo Brasil – e aqui, dentre as jurisprudências dos Estados consultados, abrem-se um parênteses para excepcionar a situação do Rio de Janeiro, que já efetuou a regulamentação da matéria em âmbito estadual através do art. 74 da Lei 5.427, de 2009 – constata-se que a grande razão dessa falta de uniformidade em reconhecer a incidência da prescrição intercorrente se deve, especialmente, àquilo que se julga ser um equívoco acerca da

pertinente linha de interpretação dos julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ou seja, os REsps. N.º 1.112.577-SP e 1.115.078-RS, ambos de relatoria do Ministro Castro Meira, e cuja síntese dos argumentos está assim construída:

Jurisprudência em Teses n.º 30 – Direito Ambiental - Superior Tribunal de Justiça - Brasília, 18 de Março de 2015 – Temas Repetitivos 146 e 147 –

“A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que o prazo para a cobrança da multa imposta ante transgressão administrativa é de cinco anos, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional. As duas Turmas de Direito Público assentaram que, por tratar-se de multa administrativa, não se pode aplicar a regra geral de prescrição prevista no Código Civil, seja o de 1916 seja o Novo Código Civil. Embora sedimentada a orientação de que os prazos prescricionais do novo Código Civil não se aplicam às relações disciplinadas pelo Direito Público, devendo incidir na espécie o art. 1.º do Decreto 20.910/32, a questão relativa ao prazo prescricional para a cobrança de crédito decorrente de multa por infração administrativa ao meio ambiente comporta exame à luz das disposições contidas na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, com os acréscimos da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009. **Todavia, esses dispositivos legais não incidem no caso em exame, já que a multa por infração ambiental foi aplicada por entidade estadual de fiscalização e proteção do meio ambiente, fora, portanto, do campo de incidência dos referidos diplomas legais. Somente as ações administrativas punitivas desenvolvidas no plano da Administração Federal, direta ou indireta, serão regradas por essas duas leis. Em outras palavras, sob o prisma negativo, a Lei 9.873/99 não se aplica às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, devendo a prescrição, nesses casos, ser disciplinada pela regra do já citado art. 1.º do Decreto 20.910/32, nos termos da jurisprudência sedimentada desta Corte. Essas considerações fizeram-se necessárias, porque o IBAMA – autarquia pública federal responsável pela fiscalização e proteção do meio-ambiente - participou do feito na condição de interessado. Ressalta-se, pois, que a orientação firmada nesse julgado não se aplica, a princípio, à prescrição de multa ambiental lavrada por órgão ou entidade da Administração Federal, direta ou indireta.” (STJ-Resp. 1.112.577-SP, Rel. Ministro**

Castro Meira, Primeira Seção, julgado em: 09/12/2009, DJe: 08/02/2010) [grifo nosso]

Informativo n.º 0428 - Período: 22 de março a 2 de abril de 2010. PRIMEIRA SEÇÃO - REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. MULTA. MEIO AMBIENTE. Trata-se de recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ) em que a questão em debate resume-se à definição do prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa por infração à legislação federal, no caso, a Lei n. 9.873/1999 (com os acréscimos da Lei n. 11.941/2009), nos autos de execução fiscal ajuizada pelo Ibama para cobrança de débito inscrito em dívida ativa. **Ressaltou o Min. Relator que a questão já foi debatida no REsp. 1.112.577-SP, DJe 8/2/2010, também sob o regime dos recursos repetitivos, mas somente quando a multa administrativa decorria do poder de polícia ambiental exercido por entidade estadual, situação em que não seria pertinente a discussão sob as duas leis federais citadas.** Agora, no caso, como a multa foi aplicada pelo Ibama, entidade federal de fiscalização e controle do meio ambiente, é possível discutir a incidência daquelas leis federais, o que foi feito nessa hipótese. Diante disso, a Seção entendeu incidente o prazo de cinco anos (art. 1.º da citada lei) para que, no exercício do poder de polícia, a Administração Pública Federal (direta ou indireta) apure o cometimento da infração à legislação do meio ambiente. Esse prazo deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado a infração. Observou que o art. 1.º da Lei n. 9.873/2009 estabeleceu o prazo para a constituição do crédito, não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Ressaltou, ainda, que, **antes da MP n. 1.708/1998, convertida na Lei n. 9.873/1999, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal, por isso a penalidade aplicada, nesses casos, sujeita-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, em razão da aplicação analógica do art. 1.º do Dec. n. 20.910/1932.** Ademais, a jurisprudência também já assentou que, por se tratar de multa administrativa, não é aplicável a regra geral de prescrição do CC, seja o de 1916 ou o de 2002. (STJ-REsp. 1.115.078-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2010.) [grifo nosso]

Nesta senda, é possível observar que, ao contrário dos julgados que aceitam a incidência da prescrição extintiva intercorrente e fundamentam suas decisões nas diretrizes do art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, c/c arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 04-09-1942) e art. 140 do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16-03-2015), as decisões que não a admitem – via de regra – argumentam, apenas, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não a admitem nos casos em que não exista norma própria na legislação estadual e/ou municipal. E acrescem que – em alguns casos – a Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, tem sua aplicação limitada, no próprio corpo normativo, ao âmbito da Administração Pública Federal, e que o Decreto 20.910, de 06.01.1932, limitar-se-ia a regular a prescrição do fundo de direito e sua respectiva ação de cobrança.

III O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE COMO UMA EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

Consoante exposto na introdução deste artigo, o reconhecimento da prescrição – seja ela vinculada a seara punitiva/condenatória *stricto sensu* ou intercorrente – é uma via de mão-dupla, posto que, não obstante estar relacionada a objeção frente a pretensão jurídica de um lado (no caso aqui do Estado), **ela também se vincula a um direito subjetivo de não ser punido e/ou condenado do outro polo da relação que se apresenta em litígio/conflito (no caso aqui, em regra, o cidadão/empresendedor/contribuinte)**, seja em sede judicial, seja administrativa.

Ademais, não é despidendo lembrar que por força de norma constitucional (art. 5.º, *caput*, e incisos LIII, LIV, LV e LXXVIII) e até internacional (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 72-82; CADH,

art. 8.º, 1), não é admissível qualquer tipo de situação judicial e/ou administrativa que, abusando do próprio direito, viole a segurança jurídica e deixe o cidadão/contribuinte em permanente e desgastante estado de alerta, sem saber se os meios legais disponibilizados no processo administrativo para se defender lograram êxito ou não.

Abordando a matéria, em sua obra de Direito Ambiental, Professor Romeu Thomé assim leciona sobre a prescrição:

O instituto da prescrição intercorrente opera efeitos em benefício dos próprios administrados. Prescrição significa a perda da ação atribuída a um direito em consequência de seu não exercício no prazo legal. A prescrição limita a ação punitiva do Estado, em prestígio ao clássico princípio da segurança jurídica. O não exercício de uma pretensão acarreta perda do direito de exercê-la. Pela prescrição, mantendo-se inerte, ao Poder Público é subtraído o seu poder de aplicar sanções ambientais. (SILVA, 2018. p. 625-626.) [grifo nosso]

Nesta linha de raciocínio, o entendimento sobre a relevância do instituto da prescrição intercorrente restou bem elucidado em voto proferido pela Ministra Eliana Calmon, no contexto do REsp. n.º 1.128.099, no qual atuou como Relatora e consignou, *in verbis*:

Cumprе, antes de tudo, entender que a prescrição intercorrente, consoante aplicação, é resultante de construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização de pendências administrativas ou judiciais. Assim, quando determinado processo administrativo ou judicial fica paralisado por um tempo longo, por desídia da Fazenda Pública, embora interrompido ou suspenso o prazo prescricional, este começa a fluir novamente. Portanto, a prescrição intercorrente pressupõe a preexistência de processo administrativo ou judicial, cujo prazo prescricional havia sido interrompido pela citação ou pelo despacho que ordenar a citação, conforme inciso I, do parágrafo único do art. 174 do CTN,

com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 118, de 9-2-2005. (STJ – REsp. 1128099/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009, p. 04 do voto) [grifo nosso]

Ainda nesta mesma linha de inteligência, ou seja, de que o sistema não pode se compadecer de um poder, sobretudo de punir, que não seja limitado no tempo, há relevante voto condutor da decisão do Acórdão no MS-32201/DF, da lavra Ministro Luís Roberto Barroso, no qual se debatiam as limitações do poder sancionador do Tribunal de Contas da União-TCU. Em especial, o tempo que este teria para cobrar as multas aplicadas no exercício de suas competências, seja em sede de processos administrativos ou pela via judicial. Merece o seguinte destaque:

[...] Ainda assim, é praticamente incontroverso o entendimento de que o exercício da competência sancionadora do TCU é temporalmente limitado. A prescrição é instituto diretamente ligada ao princípio geral da segurança das relações jurídicas, que tem por decorrência, salvo hipóteses excepcionais, a regra da prescritibilidade, em qualquer ramo jurídico (nesse sentido, é antiga a jurisprudência do STF, ilustrada, v. g., no MS 20069, Rel. Min. Cunha Peixoto) [...] (STF - Mandado de Segurança n.º 32.201/DF – Numeração única: 9990105-96.2013.1.00.0000 – Rel. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO – Julgado em 21/03/2017 e Publicado no DJe em 07/08/2017 - ATA N.º 106/2017. DJE n.º 173, p. 05 do voto) [grifo nosso]

Nota-se, claramente, que os Acórdãos – sejam aqueles oriundos dos Tribunais de Justiça das Unidades da Federação, sejam decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça (v.g.: AgInt. no REsp. 1588259/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães; AgInt. no REsp. 1770878/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa; STJ-AgRg. no REsp. 1566304/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin) – além de efetuarem uma interpretação equivocada das reais balizas

dos Acórdãos paradigmáticos firmados nos Recursos Especiais (Repetitivos) n.º 1.112.577-SP e 1.115.078-RS, ainda aceitariam a inadmissível tese da *lacuna jurídica* em nosso ordenamento. E ignoram, por, completo a diretriz de colmatação do sistema jurídico por meio da interpretação integrativa e voltada aos fins sociais aos quais a norma se destina. O que é feito por meio da analogia e/ou aplicação subsidiária de outras normas, seja a Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, seja o Decreto 20.910, de 06.01.1932, consoante previsto nos arts. 4.º e 5.º da LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 04-09-1942 com atualizações pela Lei 13.655, de 2018) c/c art. 140 do CPC (Lei 13.105, de 16-03-2015).

Afirma-se isto porque, diferentemente do que argumentam os que pensam em sentido contrário, o Decreto 20.910, de 06.01.1932, não se limita a regular a *prescrição quinquenal do chamado fundo de direito* ou mesmo, apenas, a *prescrição do direito de ação*. Afinal, além de se tratar de uma linha do direito atrelada ao positivismo estrito e à interpretação apenas literal das normas, e que já foi superada, posto que ignora as diretrizes já aludidas de interpretação e aplicação do direito⁶ voltadas a uma visão sistemática, teleológica e de colmatação, ela ainda ignora que a redação do art. 1.º do Decreto 20.910, de 06.01.1932, que assim está descrito.

Art. 1.º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, **bem assim todo e qualquer direito ou ação** contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, **seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos** contados da data do ato ou fato do qual se originarem. [grifo nosso]

⁶ Nas lições do Prof. Luís Roberto Barroso: [...] **“A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)”** [...] (in: *Comentários à Constituição do Brasil* / coordenador - J. J. Gomes Canotilho... [et al.] – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239. Série IDP). [grifo nosso]

E diz que todo e qualquer direito ou ação, seja de que natureza for, em face da União, Estados e Municípios prescreve em cinco anos. Logo, como o reconhecimento da prescrição intercorrente é, além de uma punição a desídia/negligência do Estado, também ***um direito⁷ do contribuinte/cidadão a obstar uma pretensão punitiva que lhe seria prejudicial*** e que está a perdurar no tempo por prazo irrazoável, comprometendo a estabilidade e a segurança jurídica⁸ do ordenamento, não há como deixar de reconhecer a legitimidade de uma decisão que aplica as diretrizes do Decreto 20.910, de 06.01.1932, aos casos de omissão dos entes federados no que tange à prescrição intercorrente. Não obstante, a não aplicação do multicitado Decreto aos casos de prescrição intercorrente, violaria os princípios da isonomia e simetria, posto que aceitar a tese de que o referido Decreto não possa ser aplicado aos casos de prescrição intercorrente nas situações de omissão legal nos entes federados beneficia única e exclusivamente o polo hipersuficiente da relação, isto é, o Estado.

Lado outro, a dita *limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal* é exatamente a mesma nas Leis federais 9.784, de 29.01.1999 (Lei Geral de Processo Administrativo da União) e 9.873, de 23-11-1999 (Lei Geral de Prescrição da Ação Punitiva da União), entretanto – historicamente – inclusive o STJ⁹, sempre entendeu que a lei federal, ainda que erigida para a Administração Pública Federal,

⁷ Esta linha de intelecção foi definitivamente consagrada, sem possibilidade de condicionamentos, com a introdução – pela EC-45/2004, na qualidade de direito individual fundamental do cidadão/contribuinte com aplicabilidade imediata – do direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, na esfera judicial e administrativa (art. 5.º, inciso LXXVIII, e § 1.º, da Constituição Federal).

⁸ Vide art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal, c/c art. 30 da LINDB, que determinam o dever de zelar pela segurança jurídica na aplicação de todas as normas.

⁹ Neste sentido, vide – dentre outros os seguintes Acórdãos: REsp. n.º 1.019.012/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi; REsp. n.º 852.493/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; REsp. n.º 645.856/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma; REsp. n.º 1.148.460/PR, Rel. Ministro Castro Meira, 2.ª Turma; AgRg no Ag 506.167/RS, Relatora Ministra Maria Theresa de Assis Moura; AgRg no Ag 583018/RS, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG).

poderia ser aplicada subsidiariamente para os demais entes federados (Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios), sendo esta, inclusive, a linha adotada em julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e de relatoria do Desembargador Afrânio Vilela, no qual se discutia a prescrição da ação punitiva do Município de Belo Horizonte, dada à ausência de norma municipal regulamentadora, e que foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - MULTA ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO OU RECONSTRUÇÃO SEM LICENÇA - PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL - LEI FEDERAL N.º 9.873/99 - PRESCRIÇÃO CONFIGURADA - SENTENÇA MANTIDA. **Nos termos do artigo 1.º da Lei Federal n.º 9.873/99 prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública que, no exercício do poder de polícia, pretende apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato.** (TJMG - AC: 10024100922848001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 11/07/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013) [grifo nosso]

Assim, ainda que se analise a questão apenas pelo ângulo da prescrição genericamente considerada, isto é, o exercício do poder de polícia e o *ius imperii* da Administração Pública, tem-se que a imprescritibilidade do poder de punir, em qualquer seara é algo que não se pode admitir. Ressalte-se uma vez mais: não pode o cidadão/contribuinte, por conveniência e abuso¹⁰ do Estado –

¹⁰ No cenário das autuações que geram sanções/multas pecuniárias, a ato de não se regulamentar/reconhecer a prescrição intercorrente nas legislações dos demais entes federados, salvo a União e o Estado do RJ, por exemplo, tem se revelado abusivo, sobremaneira, porque além de ser uma omissão inconstitucional (e como tal pode ser arguida via Mandado de Injunção ou ADI por Omissão), tal situação ainda tem provocado um enriquecimento sem justa causa para os entes federados omissos e uma oneração desproporcional ao cidadão/contribuinte, uma vez que os juros e correções – exorbitantes e inconstitucionais – continuam a incidir sobre as sanções/multas pecuniárias durante todo o tempo de tramitação do processo administrativo, ainda que a demora não tenha sido provocada pelo administrado. Tal situação é extremamente delicada e aviltante por que termina por punir o cidadão/contribuinte por ter ele, simplesmente, exercido uma sua

que é o polo hipersuficiente da relação – suportar a ausência de regulamentação que compromete seu direito fundamental (estatuído no art. 5.º, inciso LXXVIII, da CRFB/88) à razoável duração do processo administrativo. O que fere a segurança jurídica e viola a estabilidade das relações sociais. Esta, aliás, é a linha adotada em julgados do STJ¹¹ e também do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), que abordam a necessidade e obrigação, visto que todos são intérpretes e guardiões da Constituição, de se passar a analisar a prescrição (intercorrente em especial) como uma garantia e direito do cidadão a razoável duração do processo. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANULATÓRIA DE MULTA AMBIENTAL E EMBARGO. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL DO IBAMA DESPROVIDO. -1. A Lei 9.873/99, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal direta e indireta, prevê em seu art. 1.º, § 1.º, que incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da

prerrogativa, constitucional de buscar o direito de petição e o devido processo legal (art. 5.º, XXXIV, LIV e LV da Constituição Federal), terminando – na praxe – por materializar no dia-a-dia dos processos administrativos de tais entes a ultrapassada e inconstitucional cultura do *solve et repete, isto é, cidadão – pague primeiro e tente discutir depois, se e quando for possível.*

¹¹ Aqui é imperioso ressaltar que, até o presente momento, em nenhum dos seus julgados (ocorridos em turmas/seções) acerca do tema **prescrição intercorrente da pretensão punitiva do Estado**, o Superior Tribunal de Justiça teve ou pode enfrentar a questão sob o prisma de ser ele (o instituto da prescrição intercorrente) uma consequência do direito/garantia fundamental constitucional à razoável duração dos processos (art. 5.º, inciso LXXVIII). E isso faz toda a diferença. Sobretudo, no contexto dos julgados em que nega, até mesmo, a aplicação do prazo geral do Decreto 20.910, de 06.01.1932. Nesta mesma toada, não é despidendo esclarecer que tal competência – dada à matriz constitucional – cabe, em regra, ao STF e, apenas excepcionalmente, nos limites legais (vide RI-STJ e art. 926 e ss. c/c 948 e ss. do NCPD) as Cortes/Órgãos Especiais dos demais tribunais, dada a cláusula constitucional que estabelece a reserva de plenário em demandas de tal jaez (vide art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante n.º 10 do STF).

apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso, ou seja, prevê hipótese da denominada prescrição intercorrente. -2. Cumpre ressaltar que, *in casu*, o próprio IBAMA reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente, consoante parecer técnico recursal (1689-EQTR, fls. 133/134 do PA, e-STJ fls. 506) e parecer da equipe técnica do IBAMA em Brasília, às fls. 146 do PA (e-STJ fls. 519). -3. **A prescrição da atividade sancionadora da Administração Pública regula-se diretamente pelas prescrições das regras positivas, mas também lhe é aplicável o critério da razoabilidade da duração do processo, conforme instituído pela EC 45/04, que implantou o inciso LXXVIII do art. 5.º da Carta Magna.** -4. Agravo Regimental do IBAMA a que se nega provimento. (STJ-AgRg no AREsp 613.122/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 23/11/2015) [grifo nosso]

1) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVODE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. FRUSTRAÇÃO DA FINALIDADE DOS PROCEDIMENTOS, POR CULPA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. INTENÇÃO MERAMENTE ARRECADATÓRIA. a) Nos termos de hodiernos precedentes do STJ, não é possível, na esfera estadual, o reconhecimento da prescrição intercorrente administrativa por ausência de previsão legal específica, o que impede a aplicação, por analogia, da Lei Federal n.º 9.873/1999 ou da prescrição do Decreto n.º 20.910/1932. b) **Contudo, ao afastar a tese da prescrição intercorrente estadual e municipal, o STJ não julgou o mérito da questão posta *sub judice*, afastando, apenas, a solução até então adotada por este Tribunal.** c) **Por outro lado, o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal estabelece que deve ser observada a razoável duração dos processos, judiciais e administrativos.** d) A abstratividade do termo “razoável” não é sem motivo, haja vista a impossibilidade de se fixar, de forma rígida, a duração máxima de processos judiciais ou administrativos, cabendo fazer tal ponderação caso a caso, subjetivamente, mediante avaliação de três critérios apontados pela doutrina: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a estrutura da Administração para a efetivação da sanção. e) No caso, pretende o IAP a reforma da decisão que declarou a

prescrição intercorrente da Execução Fiscal em relação a três das quatro Certidões de Dívida Ativa executadas. f) Infere-se quanto: (i) ao primeiro critério, que os processos administrativos não têm causa complexa, sendo, em verdade, questão comum no âmbito de atuação do IAP; (ii) ao segundo critério, que não houve má-fé ou intuito procrastinatório pela Empresa autuada mas, por outro lado, o IAP não comprovou a movimentação dos processos administrativos em discussão de 23/02/2005 até a constituição definitiva dos créditos (01/04/2010); e (iii) ao terceiro critério, que a eventual alegação da Administração de ser desprovida de recursos materiais e humanos para levar a cabo, a contento, as funções institucionais básicas, implicaria o reconhecimento da inoperância e da falência do IAP, o que não é aceitável. **g) Assim, a retomada dos processos administrativos, anos mais tarde, a constituição de dívidas ativas e o ajuizamento de Execução Fiscal não se destinam mais à proteção do meio ambiente, pois a vulnerabilidade do bem tutelado não admite repressão tardia aos maus tratos que sofre, sob pena de total ineficácia e até perda de objeto. h) Destarte, é imprescindível a declaração de exaurimento da finalidade dos processos administrativos, consistindo em intenção meramente arrecadatória do IAP a cobrança da dívida ativa oriunda desses feitos.** i) Outrossim, ainda que por outros fundamentos, a decisão agravada merece mantida, diante da inexigibilidade da Execução Fiscal quanto aos Autos de Infração Ambiental discutidos no presente recurso. -2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR – 5.ª C. Cível – AI. N.º 0038831-38.2019.8.16.0000 - Sengés - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 23.03.2020 - Data da Publicação: 31/03/2020) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. TODAVIA, CONSTATADO ABANDONO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR MAIS DE 5 (CINCO) ANOS, COM FRUSTAÇÃO DA FINALIDADE DO PROCEDIMENTO, POR CULPA EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO. ANÁLISE DA QUESTÃO SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, EFICIÊNCIA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. a) – o STJ, no julgamento ao AgRg no REsp. 1.566.304/PR (DjE 31/05/16), consignou a inexistência de previsão sobre a prescrição intercorrente no processo administrativo

no Decreto n.º 20.910/32, a inexistência de disposição legal específica no âmbito do Estado do Paraná e, ainda, a limitação espacial da Lei n.º 9.873/99 ao Plano Federal. Nos termos daquele julgado, não é possível, na esfera estadual, o reconhecimento da prescrição intercorrente administrativa por ausência de previsão legal específica, porque caberia a máxima “inclusio unius alterius exclusio”, isto é, “o que a lei não inclui é porque desejou excluir, não devendo o intérprete inclui-la”. **b) – Contudo, ao afastar a tese da prescrição intercorrente estadual e municipal em sede de processo administrativo, o STJ não julgou a questão sob o enfoque constitucional, pois o abandono do processo por mais de 5 (cinco) anos demonstra de forma inequívoca o desinteresse na apuração e na eventual repressão da suposta irregularidade que deu origem ao procedimento, culminando com desvio de finalidade do processo administrativo e malferimento da segurança jurídica. c) - Assim, configurada essa paralisação indevida, é de se reconhecer a afronta aos princípios da celeridade, da eficiência, da moralidade e da razoável duração do processo, impondo-se a declaração de nulidade do processo Administrativo, por exaurimento de sua utilidade, com a consequente extinção da execução fiscal.** (TJPR – 5.ª C. Cível - 0029053-78.2018.8.16.0000 - Ponta Grossa - Rel.: Juiz Rogério Ribas - J. 28.05.2019) [grifo nosso]

Nesta linha, abordando a relevância e o âmbito de abrangência do direito fundamental à razoável duração do processo, nos comentários a Constituição coordenados pelo Professor J. J. Gomes Canotilho, Samuel Arruda leciona que:

O constituinte deu ao direito fundamental uma louvável amplitude. Não o restringiu à esfera criminal e nem mesmo limitou-o aos processos judiciais. Quis garantir a razoável duração dos processos nos planos “judicial e administrativo”. Evidentemente, há diferenças consideráveis entre essas duas esferas que mantêm suas próprias peculiaridades. Contudo, a plena proteção do interesse do cidadão só se faria se o direito fosse estendido também ao âmbito administrativo, pois muitas vezes a demora judicial nada mais é do que uma reiteração da morosidade de um anterior procedimento administrativo, o que castiga duplamente

o administrado/jurisdicionado (ARRUDA, 2018, p. 1.003-1.004)
[grifo nosso]

Destarte, se os processos destinados às ações punitivas da Administração Pública em sede de processos administrativos por danos ambientais, permanecem sem decisão/conclusão por período de tempo superior a prazo que varia entre três e cinco anos, dependendo do ente federado, estar-se-á frente à violação do direito fundamental à razoável duração do processo. E devem os referidos processos ser anulados, por perda de fundamento de validade (visto que se tornaram, de plano, inconstitucionais por ofensa ao art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988). E, por consequência, o desnudamento de um cenário de desvio de finalidade do ato administrativo que deveria ser destinado à apuração, a tempo e modo, de conduta supostamente lesiva, passando tais processos, caso persistam, a ter um objetivo única e exclusivamente arrecadatório. O que lhe fará perder, por completo, a finalidade de proteção e recuperação das eventuais lesões ao meio ambiente. Logo, se a Administração Pública não reconhecer a invalidade de tais processos administrativos *ex-officio*, eles podem e devem ser combatidos por meio das ações adequadas, visto que o Judiciário sempre será, em última análise, o destinatário principal da norma a garantir o respeito ao comando constitucional.

IV O PÉSSIMO EXEMPLO DE MINAS GERAIS

Essa vertente de desvio de finalidade do ato administrativo e voltada à preocupação apenas arrecadatória, aliás, ficou bem clarividente no episódio ocorrido em Minas Gerais frente ao processo legislativo deflagrado no Legislativo Estadual (Assembleia Legislativa de Minas Gerais) que – objetivando suprir a omissão¹² inconstitucional

¹² A Lei Geral de Processo Administrativo Estadual (Lei 14.184, de 31.01.2002, do Estado de Minas Gerais) não possui regra relativa à prescrição intercorrente dos processos administrativos. Por isso, a necessidade de se regulamentar a situação para que se respeite a garantia constitucional de direito à razoável duração do

existente na legislação do Estado acerca da prescrição intercorrente – votou e aprovou em 2018 o PL n.º 5.236/2018 regulamentando o prazo para o reconhecimento da prescrição intercorrente em face das ações punitivas em âmbito administrativo em três anos, a exemplo da Lei Federal 9.873, de 23-11-1999.

O Projeto de Lei visava acrescentar o art. 2.º-A à Lei 21.735, de 03-08-2015, para definir, explicitamente, a prescrição intercorrente, sendo que a referida Lei trata da constituição, na fase de processo administrativo, de crédito não tributário na seara do Estado de Minas Gerais.

Todavia, a norma que viria a suprir a inconstitucional omissão do Estado foi vetada pelo atual Governador – Sr. Romeu Zema – através da mensagem de veto n.º 06 de 04-01-2019, sob argumentos voltados exclusivamente a preocupação em arrecadar (receio de perda de receita), valendo-se da promessa de que seria instituído *“grupo de trabalho destinado a promover estudos relativos aos processos administrativos de constituição de créditos não tributários, com a participação dos integrantes do legislativo estadual, de modo que seja possível discutir a melhor forma de se tratar um assunto tão importante ao cidadão.”*

Entretanto, não se tem notícia de que a formação do referido grupo de trabalho foi, de fato, concretizada. E, como a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG) não derrubou o veto do Governador, o contribuinte mineiro continua à mercê da desídia e do desvio de finalidade dos atos administrativos na condução dos processos voltados as ações punitivas do Estado, especialmente dos órgãos ambientais, que se beneficiam deste cenário de omissão que viola o art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

processo (art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal) e se estabeleça a pertinente estabilidade e segurança jurídica do sistema, evitando que o cidadão/contribuinte tenha sempre que demandar em juízo para ver respeitada a diretriz constitucionalmente assegurada.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findando o presente trabalho, uma vez mais se recorre aos ensinamentos do Professor Barroso (2002, p. 501) quando leciona que “o fato de não haver uma norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional, em determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade”, cabendo ao intérprete “buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável”.

Dito isso, cumpre fixar os seguintes pontos conclusivos deste estudo, a saber:

- a) o reconhecimento da prescrição intercorrente é um consectário lógico do direito à razoável duração do processo e se apresenta como um direito/garantia fundamental do cidadão/contribuinte, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, em face do poder punitivo do Estado, sendo dispensável qualquer regulamentação infraconstitucional para sua aplicação (art. 5.º, inciso LXXVIII, e § 1.º, da Constituição Federal de 1988);
- b) inexistindo prazo específico na legislação estadual/distrital ou municipal quanto à prescrição intercorrente em processo administrativo para a aplicação de multa ambiental, no cenário de demanda judicial o julgador – com amparo nas diretrizes legais dos arts. 4.º, 5.º e 30 da LINDB (antiga LICC) c/c art. 140 do CPC (Lei 13.105, de 16-03-2015) e teóricas da interpretação sistemática e dos princípios da isonomia e simetria – pode tomar como paradigma tanto o prazo de três anos estatuído na Lei Federal 9.873, de 23-11-1999, quanto a regra geral do Decreto 20.910, de 06-01-1932, que prevê o prazo de cinco anos para reivindicar todo e qualquer direito ou ação, independentemente da natureza, em face da União, Estados e Municípios;
- c) por fim, cumpre destacar que, ainda que se cogite a

inaplicabilidade do Decreto Federal 20.910, de 06-01-1932 – fato que aqui se cogita apenas para fins teóricos e argumentativos – não há como admitir a imprescritibilidade do processo administrativo no qual se consolidaria a ação punitiva do Estado, restando, portanto, ainda que num contexto fora do direito exclusivamente privado, à aplicação do prazo geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil (Lei 10.406, de 10-02-2002), visto que esta interdisciplinaridade entre ramos distintos do Direito encontra espeque na doutrina/teoria do diálogo de fontes¹³ normativas e neste cenário admitida para que um direito fundamental (razoável duração do processo) do polo hipossuficiente/vulnerável (cidadão/contribuinte) não se transforme em letra morta e termine sendo ignorado, fazendo prevalecer a lacuna do ordenamento e o conseqüente prejuízo em razão de uma sanção injusta.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. RT, v. 300, out. 1961.

¹³ A *teoria do diálogo das fontes* (expressão criada pelo jurista alemão Erik Jayme, no seu Curso da Haia de 1995), foi trazida ao Brasil pela jurista Cláudia Lima Marques (especialmente trabalhada na obra: *Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor*) e também desenvolvida na Tese de Doutorado do jurista Valério de Oliveira Mazzuoli (Título: *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*), para aplicação às relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, sendo, atualmente, aplicável a todos os ramos do Direito – seja público ou privado – para que se possa colmatar as eventuais omissões do ordenamento, mormente para se alcançar a decisão que melhor atenda as diretrizes dos direitos e garantias fundamentais no direito interno no esteio das diretrizes do princípio *Pro-homine*.

ARRUDA, Samuel Miranda. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luís (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luís (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Pollis; /Brasília: Ed. UnB, 2002.

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

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jul. 1999.

BRASIL. Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a Prescrição Quinquenal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 8 jan. 1932.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942; retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 8 out. 1942; e retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 17 jun. 1943.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º fev. 1999.

BRASIL. Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 nov. 1999, edição extra.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de fevereiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 fev. 2002.

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.

CADH – CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atual. por Geraldo Magela Alves e Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, César (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana dos Direitos Humanos/**

Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no código de defesa do consumidor.** v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MINAS GERAIS. Lei 14.184, de 31 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais,** Belo Horizonte, MG, 1.º fev. 2002.

TARTUCE, Flávio. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código civil interpretado:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri-SP: Manole, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (2.ª tiragem).

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido. 2005. 412 folhas. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. Direito ambiental e prescrição. In: **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** v. 4, n. 1, p. 9-39, 2014.

Recebido em: 14-9-2022
Aprovado em: 11-1-2023

2

LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN¹

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

Carmen Grau Pineda²

RESUMEN

Las 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

¹ **Como citar este artículo científico.** GRAU PINEDA, Carmen. La brecha de género en las pensiones en España: estado de la cuestión. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 43-64, jan.-abr. 2023.

² Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. *e-mail*: carmen.grau@ulpgc.es

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.

RESUMO

Das 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.

SUMÁRIO. 1 Introducción. 2 La Existencia de multitud de brechas de género. 3 La Brecha De Género En Las Pensiones. 3.1 Pensiones contributivas de jubilación y viudedad como atalaya privilegiada para valorar la brecha de género en las

pensiones. 3.2 El complemento a mínimos también es cosa de mujeres. 4 La feminización de las pensiones no contributivas. 5 Algunos de los experimentos implementados para superar la brecha de género en las pensiones. 6 Algunas conclusiones finales. Bibliografía.

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%³ (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).

³ Según datos disponibles en ESPAÑA (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 temática⁴, 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

⁴ 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.

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 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.⁵.

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 (AROPE, junio 2022), “l 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 un 2,3 %” (AROPE, 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

⁵ Interesante consulta al respecto en EIGE Poverty: European Institute for Gender Equality. Disponible en: <<https://eige.europa.eu/topics/poverty>>.

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 aportación⁶.

3.1 PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE JUBILACIÓN Y VIUEDAD 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).

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.

⁶ Datos oficiales disponibles en: <<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24>>.

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 continua 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 Social⁷ (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.

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

⁷ 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>>.

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 dados 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 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 Europea⁸.

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 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.).

⁸ 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.

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.gov.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.gov.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>.

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>.

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>.

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>.

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.

Recebido em: 21-11-2022

Aprovado em: 25-2-2023

3

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE¹

Edson da Graça Francisco Macuácuá²

RESUMO

O presente trabalho tem como objecto de estudo o sistema dos direitos fundamentais em Moçambique. O ponto de partida é a demarcação do conceito de direitos fundamentais, após o qual se aborda a sistemática da consagração dos direitos fundamentais na Constituição moçambicana. Em seguida, discute-se sobre a problemática do dualismo ou dicotomia entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos e sociais e, por fim, aborda-se o regime específico dos direitos fundamentais, nomeadamente a perspectiva material e aberta dos direitos fundamentais, a interpretação dos direitos fundamentais, a aplicação directa e imediata dos direitos fundamentais e, consequentemente, a vinculação de entidades públicas e privadas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Constituição da República, Liberdades e Garantias, Direitos económicos, sociais e culturais.

¹ **Como citar este artigo científico.** MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O sistema constitucional dos direitos fundamentais em Moçambique. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 65-104, jan.-abr. 2023.

² Doutor em Direito, Docente Universitário e Advogado. *e-mail:* macuacua.edson@gmail.com

ABSTRACT

The purpose of this study is to consider the fundamental rights system in Mozambique. The starting point is the unpacking of the concept of fundamental rights, following which a systematic review of the fundamental rights enshrined in the Constitution of Mozambique shall be undertaken. Next, we shall look at the issue of dualism or dichotomy between rights, freedoms and guarantees, and the economic and social rights and, lastly, we will discuss the specific fundamental rights regime, namely in the material and open perspective of the fundamental rights, the interpretation of fundamental rights, and the direct and immediate application of fundamental rights and, consequently, the binding of both public and private entities.

Key-words: Fundamental Rights, Constitution of the Republic of Mozambique, Freedoms and Guarantees, Economic, Social and Cultural Rights.

SUMÁRIO. 1 Conceito de Direitos Fundamentais. 2 Configuração dos Direitos Fundamentais na Constituição da República de Moçambique. 3 A perspectiva material e aberta dos Direitos Fundamentais. 4 A interpretação dos Direitos Fundamentais. 5 A aplicação directa e imediata dos direitos, liberdades e garantias individuais. 6 A restrição infraconstitucional. 7 Direitos Fundamentais como limite à revisão constitucional. 8 Críticas ao sistema de Direitos Fundamentais. 9 Conclusão. Referências

1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das mais importantes conquistas decorrentes do triunfo do constitucionalismo e do Estado Democrático reside na consagração dos direitos fundamentais que visam garantir a protecção da dignidade da pessoa humana.

A propósito da relação entre os direitos fundamentais, o constitucionalismo e o Estado de Direito, Cristina Queiroz (2010, p. 49) chama a atenção, para que os direitos fundamentais não sejam compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder

do Estado; mas, sim, como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva, pois proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, em concreto e objectivo e “sistema de valores”.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, os direitos, nascem da Revolução Constitucional e Liberal, representando a atribuição às pessoas de posições subjectivas de vantagens, numa relação directa com o Estado-Poder, dentro de uma percepção-total inovadora para a época, com as seguintes marcas definidoras (GOUVEIA, 2015, p. 296-297):

- direitos fundamentais de fundamento jusracionalista, já que o Estado deveria apenas declarar – e não criar – tais direitos, estes se apresentando, por seu lado, como o produto da natureza humana, descoberta pela “razão racionante”, com base nas concepções contratualistas então triunfantes;
- direitos fundamentais de feição negativa, na medida em que correspondiam a posições de distanciamento, de autonomia, de separação e de liberdade das pessoas contra o poder político;
- direitos fundamentais de força constitucional, pois que eles deveriam ser consagrados ao nível dos textos constitucionais formais, com isso se prescrevendo a fonte costumeira e alcançando-se os mesmos ao nível supremo da Ordem Jurídica Estadual;
- direitos fundamentais de cunho individual, uma vez que cada indivíduo, segundo a doutrina do liberalismo político então reinante, representaria uma necessidade de protecção perante o poder público.

De acordo com Jorge Miranda, direitos fundamentais são direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto

tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material (MIRANDA, 1986).

Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se neutra e capaz de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias (MIRANDA, 1986). Ela recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto e ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange ainda, numa análise jurídica rigorosa, verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e interesses legítimos. Apesar disso, o conceito geral parece justificar-se, na medida em que, para lá das diferenças aparentes ou reais de atribuição, de exercício e de tutela, se encontra uma subjectivação directa ou indirecta (em contraposição às garantias institucionais) e historicamente se conhecem quais foram os processos da sua reivindicação e consagração (MIRANDA, 1986).

Mas tal noção de direitos fundamentais implica necessariamente dois pressupostos, sob pena de se esbater e deixar de ser operacional: não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político. E não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem (MIRANDA, 1978, p. 303-304, citado por MIRANDA, 1986).

O *conceito de direitos fundamentais*, implicou que ao Direito Constitucional, como escalão supremo da Ordem jurídica, se entregasse a incumbência singular de protecção da pessoa humana (GOUVEIA, 2015, p. 297).

Assim, *os direitos fundamentais são as posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas na Constituição*, daqui se descortinando três elementos constitutivos (GOUVEIA, 2015, p. 297):

- *um elemento subjectivo*: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contrapondo ao Estado-Poder;
- *um elemento objectivo*: a cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objectos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental;
- *um elemento formal*: a consagração dessas posições de vantagem ao nível da Constituição, o estalão supremo do Ordenamento Jurídico.

Vejamos a caracterização dos elementos subjectivo, objectivo e formal, segundo o labor do Professor Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 298):

- o elemento subjectivo prende-se com as pessoas jurídicas a quem os direitos fundamentais respeitam, no contexto da sua titularidade, sendo certo que são posições subjectivas insusceptíveis de titularidade por parte de todo e qualquer indiferenciado sujeito jurídico;
- a fronteira que se deve estabelecer – e que também dá a necessária consciência aos direitos fundamentais no Estado Constitucional – repousa no facto de os direitos fundamentais ganharem sentido a benéfico de quem pretende enfrentar o poder estadual, ou qualquer outro poder publico;
- os direitos fundamentais, na sua génese, evolução e função, não se explicam senão num contexto dicotómico entre o

Poder e a Sociedade, devendo por isso somente ser titulados por pessoas que se integram na sociedade e que em relação ao Poder se possam contrapor;

- deste modo, é de afastar os direitos fundamentais que estejam na titularidade das estruturas dotadas de poder público, não fazendo sentido que entre estas exerçam espaços de autonomia, já que não se vê como seja logicamente possível que alguém no poder se defenda do próprio poder;
- o elemento objectivo explicita a existência de vantagens, patrimoniais e não patrimoniais, em favor do titular dos direitos fundamentais, inscrevendo-se num conjunto das situações jurídicas activas porque portadoras de benefícios;
- não é possível ser mais rigoroso, numa óptica juscivilística, a respeito do recorte dessas situações de vantagem: elas são de muitas diversas índoles, não tendo necessariamente de respeitar o conceito específico de direito subjectivo, podendo oferecer outros contornos;
- os efeitos jurídicos que traduzem a situação de vantagem projectam-se sobre as realidades materiais que afectam, em favor do titular do direito, bens jurídicos que se tornam, por essa via, constitucionalmente relevantes;
- a apreciação do objecto dos direitos fundamentais permite individualizar diferentes concepções, desde prestações a outros tipos de vantagens atribuídas ao titular do direito fundamental;
- o elemento formal dá conta da necessidade de os direitos fundamentais se consagrarem no nível máximo da Ordem Jurídico-Estadual Positiva, que é o nível jurídico-constitucional;
- A Ordem jurídica não dispõe de um só nível e, pelo contrário, espraia-se por diversos patamares, em correspondência à

importância das matérias versadas, mas também de harmonia com a logica funcional das autoridades que as produzem;

- os direitos fundamentais, neste contexto, vêm a ocupar a posição cimeira da pirâmide da Ordem Jurídico-Estadual, em obediência, de resto, ao respectivo conteúdo no seio dos valores que o Direito Constitucional transporta.

De acordo com Jorge Miranda, os direitos fundamentais implicam necessariamente três pressupostos ou condições firmes (MIRANDA, 2017, p. 12-13):

- em primeiro lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou instituições a que pertençam. Não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada, não há direitos fundamentais sem Estado que o respeite e que os proteja;
- em segundo lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder, não absorvendo este a sociedade em que eles se movem. Não existe em regimes políticos totalitários;
- em terceiro lugar, não há direitos fundamentais sem a Constituição do constitucionalismo moderno iniciado no século XVIII. A Constituição, enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal incidível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade, a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais.

No quadro de uma “optimização” ou “efectividade de gozo”, os direitos fundamentais, distingue Häberle (1993, p. 231 ss, *apud* QUEIROZ, 2010, p. 80) como sendo “história dos direitos fundamentais” que pressupõe uma concepção jurídica e cultural dos direitos em termos de “passado”, da “dogmática dos direitos fundamentais”, que pressupõe uma comparação jurídica e cultural desses direitos em termos de “presente” (QUEIROZ, 2010, p. 80). A essas duas dimensões, acrescenta uma terceira: uma política dos direitos fundamentais. Consiste esta na “compreensão jurídica” e “cultural” dos direitos fundamentais em termos de “futuro” (QUEIROZ, 2010, p. 80).

Que ilações se devem retirar desta compreensão alargada dos direitos fundamentais? Antes de mais, que os direitos, não os poderes, formam a “base da autoridade” (*basis and Foundation of government*) (QUEIROZ, 2010, p. 80). Mas, devem, contudo, ser interpretados e interligados no respeito pelas outras partes da Constituição, aí compreendidos os poderes públicos (QUEIROZ, 2010, p. 80). Konrad Hesse, ao desenvolver o princípio da “concordância prática”, chamou justamente atenção para esta dimensão de leitura e interpretação dos direitos fundamentais. Esta última não permite o contrapeso de direitos face ao poder, a restrição de um direito pela reivindicação de poderes dados, salvo no caso de assim a estabelecer a própria Constituição (QUEIROZ, 2010, p. 80-81). Daí também a necessidade e possibilidade de uma “teoria geral objectiva dos direitos fundamentais” (QUEIROZ, 2010, p. 81). Esta deve alicerçar-se num sistema coerente de direitos de acordo com a Constituição positiva assente numa concepção “política” de “pessoa” como um ser livre e autónomo (*freestanding*), independente dos poderes públicos (QUEIROZ, 2010, p. 81).

Este “sistema coerente de direitos” assente numa concepção “política” de “pessoa”, pressupõe um catálogo de direitos fundamentais. Este não significa a “criação de direitos” pela

Constituição mas, o “reconhecimento” da respectiva existência, que corresponde à existência do homem (QUEIROZ, 2010, p. 81). “Fundamentais” ainda porque não se fundam em actos legislativos, mas na natureza do homem no momento do seu nascimento (QUEIROZ, 2010, p. 81). Por isso se encontram subtraídos a todo o acto do Estado ou de legislação. O Estado não pode subtraí-los ao cidadão, nem este pode renunciar a estes (QUEIROZ, 2010, p. 81).

O que individualiza este “catálogo de direitos fundamentais, é o facto de este constituir a especificação jurídica de postulados filosóficos políticos que identificam uma cultura jurídica particular: o constitucionalismo.” (QUEIROZ, 2010, p. 81).

Os direitos fundamentais caracterizam-se, assim, do ponto de vista estrutural, pela sua “dupla natureza” (HESSE, 1995, p. 127 e ss, citado por SILVA, 2007, p. 68), uma vez que, para além da dicotomia esfera negativa / esfera positiva, podem ainda ser decompostos de acordo com a dicotomia direitos subjectivos / estruturas objectivas da colectividade ou do ordenamento jurídico. Mas, verifica-se igualmente uma tendência generalizada da doutrina no sentido de acentuar essa lógica dualista, ao estabelecer a correspondência entre essas duas dimensões, considerando que os direitos fundamentais são direitos subjectivos, na medida da sua dimensão negativa, e são estruturas objectivas da colectividade, na medida da sua dimensão positiva (HESSE, 1995, p. 127 e ss, citado por SILVA, 2007, p. 68).

Vasco Pereira da Silva (2007, p. 68) propõe uma ligeira reformulação do conceito de direito fundamental considerando que os dois pares de dimensões estruturais (negativa/subjectiva e positiva/objectiva) não têm de ser necessariamente coincidentes. Pois (conforme, adiante, melhor se explicitará), se é certo que os direitos fundamentais são direitos subjectivos na medida da sua esfera negativa, contudo, esta última não esgota todo o âmbito da protecção jurídica subjectiva, a qual existe também, na respectiva esfera positiva, tanto nos casos em que das normas constitucionais

resultem deveres a cargo dos poderes públicos respeitantes à adopção de condutas certas e indeterminadas, como relativamente ao (genérico) dever de adopção de uma qualquer conduta necessária, por parte dos poderes públicos, para assegurar um “mínimo” de concretização do direito fundamental (SILVA, 2007, p. 68).

Um direito fundamental, pode, pois, definir-se como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrados na Constituição (ALEXANDRINO, 2018a, p. 23).

São diversas as consequências imediatamente derivados do facto de os direitos fundamentais serem situações jurídicas positivadas na Constituição (da positividade dos direitos fundamentais) (ALEXANDRINO, 2018a, p. 23):

- a) em primeiro lugar, os direitos deixam de ser meras proclamações morais ou políticas, para se converterem em realidades jurídicas operativas;
- b) em segundo lugar, colocados no patamar superior da ordem jurídica (a Constituição formal, os direitos fundamentais apresentam-se agora como garantias jurídicas contra o legislador (são triunfos contra ele), proibido de afectar inconstitucionalmente o seu conteúdo;
- c) os direitos fundamentais (em cujo âmbito se deve incluir toda uma série complexa de proibições e de obrigações de intervenção) vinculam directamente todos os poderes públicos (incluindo o poder de revisão constitucional), constituindo, além disso, parâmetro material das decisões dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais;
- d) por tudo isso, os direitos fundamentais passam, automaticamente, a dispor de um conjunto de instrumentos sancionatórios, que podem ir desde os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade (em especial em Tribunais Constitucionais) até à presença de meios específicos de tutela

(direito de resistência), queixa constitucional, recursos e petições constitucionais, mediadas cautelares, etc.).

2 CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado (QUEIROZ, 2010, p. 49). Devem antes ser compreendidos e interligados como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva (QUEIROZ, 2010, p. 49). Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objectivo “sistema de valores” (QUEIROZ, 2010, p. 49).

A Constituição da República de Moçambique (CRM), consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais.

A sede formal do tratamento sobre os direitos fundamentais na Constituição da República é o título III, com a epígrafe “direitos, deveres e liberdades fundamentais”. O título III é constituído por cinco capítulos, designadamente.

O primeiro capítulo tem como epígrafe, princípios gerais e consagra no artigo 35 o princípio da universalidade e igualdade; no artigo 36, o princípio da igualdade género; o artigo 37 atinente aos portadores de deficiência; o artigo 38, estatui o dever de respeitar a Constituição; o artigo 39 dedica-se à unidade nacional; o artigo 40 ocupa-se do direito à vida; o artigo 41 dedica-se a outros direitos pessoais, nomeadamente o direito a honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva de sua vida privada; o artigo 42 fixa o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, adoptando uma perspectiva material e aberta; o artigo 43 é atinente à interpretação dos direitos fundamentais, fixando o princípio da interpretação em harmonia com a Declaração Universal

dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; o artigo 44 impõe o dever de cidadãos respeitarem e considerarem seus semelhantes; o artigo 45 dedica-se aos deveres para com a comunidade; o artigo 46 é atinente aos deveres para com o Estado; e o artigo 47, dedicado aos direitos da criança.

Embora o capítulo I seja dedicado aos princípios gerais, com alguns deveres e direitos, sendo direitos elencados, o direito à vida, os direitos pessoais e os direitos da criança, os deveres, são o dever de respeitar a Constituição, deveres dos cidadãos para com seus semelhantes, deveres para com a comunidade e os deveres para com o Estado. Os verdadeiros princípios plasmados no capítulo I, são os da universalidade, igualdade, igualdade do género, a igualdade no tratamento dos tratamentos dos portadores de deficiência, o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais e a imposição da interpretação dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos.

Ressalta-se o facto de os princípios da universalidade e da igualdade serem tratados numa mesma disposição constitucional: o tratamento autónomo ao princípio da igualdade do género e dos direitos dos portadores de deficiência.

Apesar do tratamento dos princípios da universalidade e da igualdade na mesma disposição, por serem inseparáveis, esses princípios têm um sentido e alcance diferentes, pois, conforme distingue Jorge Miranda, princípio da universalidade significa que todos têm os direitos e deveres, enquanto que igualdade significa que todos (ou, em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio de igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários; o princípio da igualdade, ao seu conteúdo. Isto é, o princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo; o da igualdade essencialmente qualitativo (MIRANDA, 2017, p. 277-278).

Um princípio não comum no direito comparado, mas fundamental à existência do próprio Estado é o consagrado no artigo 39 da Constituição da República de Moçambique (CRM), atinente aos actos contrários à unidade nacional, nos termos do qual todos os actos visando atentar contra a unidade nacional, prejudicar a harmonia social, criar divisionismo, situações de privilégio ou discriminação com base na cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, condição física ou mental, estado civil dos pais, profissão ou opção política. Trata-se de um princípio “atípico” em sede dos direitos fundamentais enquanto, pois não estabelece de forma directa direitos ou posições jurídicas subjectivas das salvaguardadas pelos princípios da universalidade. Portanto, trata-se de um princípio para a protecção mais do Estado do que do cidadão.

O princípio da unidade nacional é uma condição necessária para a existência do próprio Estado e, como ensina Jorge Miranda, não há direitos fundamentais sem Estado. A preocupação com a unidade nacional tem fundamentos históricos profundos, pois enquanto na Europa é a nação que criou o Estado, em Africa é o Estado que está a criar a nação e este processo de criação da nação ainda está em curso, numa sociedade caracterizada por uma heterogeneidade cultural, étnica, linguística, religiosa e racial. Contudo, o princípio da unidade nacional não deve ser interpretado no sentido de homogeneidade. Antes pelo contrário, deve ser entendido no sentido de respeito, consideração e valorização do pluralismo em todas as suas vertentes e dimensões, isto é, unidade na diversidade. As diferenças sociais e culturais não devem ser evocadas para porem em causa a unidade e coesão nacional e os direitos fundamentais dos cidadãos.

No catálogo dos princípios fundamentais não constam expressamente a discriminação na base da orientação sexual, a situação dos cidadãos estrangeiros e apátridas residentes em Moçambique, a situação dos cidadãos moçambicanos residentes no

estrangeiro, o acesso ao direito, os direitos fundamentais das pessoas colectivas e a responsabilidade das entidades públicas.

Para além das omissões acima referidas, resulta ainda uma grande lacuna, a ausência da referência expressa à dignidade da pessoa humana. Apesar de que a Constituição da República prevalece expressamente que Moçambique é um Estado de Direito Democrático e consagra um catálogo extenso de Direitos Fundamentais, em nenhum de todo seu articulado, refere-se à dignidade da pessoa humana. Não há nenhuma associação entre o carácter republicano do Estado, ou o Estado de Direito Democrático, com a dignidade da pessoa humana. E nem entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa, quando o fim dos direitos fundamentais é justamente a protecção da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma mera deficiência técnica e não uma opção política de ignorar a dignidade da pessoa humana, pois a Constituição da República, apresenta um catálogo extensivo de direitos e liberdades que visam à protecção da dignidade da pessoa humana, desde o direito à vida, aos direitos pessoais, à consagração dos princípios da universalidade e igualdade, à interpretação dos dispositivos dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos. Aliás, o Estado Moçambicano se define constitucionalmente como um Estado de Direito Democrático e de Justiça Social e, como afirma Jorge Reis Novais (2018, p. 66), o sentido de justiça se concretiza fundamentalmente na consagração da dignidade da pessoa humana como a base em que assenta a ordem jurídica de Estado de Direito.

O capítulo II do título III da Constituição da República é dedicado aos Direitos, Deveres e Liberdades. Consagra no artigo 48, direito à liberdade de expressão e informação; no artigo 49, os direitos de antena, de resposta e de réplica política; o artigo 50 se dedica ao Conselho Superior da Comunicação Social; o artigo 51 é atinente ao direito à liberdade de reunião e de manifestação; o

artigo 52 consigna a liberdade de associação; o artigo 53 é reservado à liberdade de constituir, participar e aderir a partidos políticos; o artigo 54 se ocupa da liberdade de consciência, de religião e de culto; o artigo 55 se ocupa da liberdade de residência e de circulação.

O capítulo III – do título III da Constituição da República – é pertinente aos Direitos, Liberdades e Garantias Individuais. O artigo 56 é dedicado aos princípios da aplicação directa dos direitos fundamentais, a vinculação as entidades públicas e privadas e o carácter restritivo das restrições ou limitações dos direitos fundamentais; o artigo 57 fixa o princípio da não retroactividade das leis; o artigo 58 consagra o direito à indemnização e responsabilidade do Estado; o artigo 59 é atinente ao direito à liberdade e à segurança; o artigo 60 se dedica à aplicação da lei criminal; o artigo 61 se ocupa dos limites das pessoas e das medidas de segurança; o artigo 62 é atinente ao direito de acesso aos Tribunais; o artigo 63 regula sobre o mandato judicial e advocacia; o artigo 64 é pertinente à prisão preventiva; o artigo 65 estabelece os princípios do processo criminal; o artigo 66 é pertinente ao *Habeas Corpus*; o artigo 67, regula sobre extradição; o artigo 68 estabelece o princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência; o artigo 69 estabelece o direito de impugnação; o artigo 70 consagra o direito de recorrer aos Tribunais; o artigo 71 regula sobre a utilização da informática; o artigo 72 é dedicado aa suspensão de exercício de direitos.

O facto de os princípios gerais estarem estatuídos no artigo 56 no capítulo III atinente aos Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, suscita dúvidas se este regime é específico aos direitos, liberdades e garantias individuais, ou se é extensivo aos direitos, liberdades e garantias de participação política, vertido no capítulo IV, e aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais estatuídos no capítulo V. Há um silêncio do legislador constituinte, que não faz uma extensão ou regime para outras categorias de direitos fundamentais, o que levanta dúvidas se estamos perante uma situação de unidade

ou dualidade de regimes.

O capítulo IV do título III da Constituição da República é atinente aos direitos, liberdades e garantias de participação política. Neste capítulo, o artigo 73 da CRM se dedica ao sufrágio universal; o artigo 74 da CRM se ocupa dos Partidos Políticos e pluralismo; o artigo 75 da CRM se dedica ao processo de formação de partidos políticos; o artigo 76 da CRM é atinente à denominação dos Partidos Políticos; o artigo 77 da CRM veda o recurso à violência armada para alterar a ordem política e social do país; o artigo 78 da CRM é reservado às organizações sociais; o artigo 79 da CRM é dedicado ao direito de petição, queixa e reclamação. O artigo 80 se ocupa do direito de resistência; o artigo 81 é atinente ao direito de acção popular.

Pese embora o artigo 73 da CRM tenha como epígrafe “sufrágio universal”, o seu conteúdo extravasa o âmbito do sufrágio universal. Na verdade, define as três formas de exercício do poder político: primeiro, o sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico; segundo, o referendo; e o terceiro, a permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

O capítulo V do título III da Constituição da República é atinente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Neste capítulo, o artigo 82 da CRM é atinente ao direito de propriedade; o artigo 83 da CRM é pertinente ao direito à herança; o artigo 84 da CRM se ocupa do direito ao trabalho; o artigo 85 da CRM consagra o direito à retribuição e segurança no emprego; o artigo 86 regula sobre a liberdade de associação profissional e sindical; o artigo 87 da CRM se dedica ao Direito à greve e proibição de *lock-out*; o artigo 88 é atinente ao direito à educação; o artigo 89 da CRM se ocupa do direito à saúde; o artigo 90 da CRM regula sobre o direito ao ambiente; o artigo 91 da CRM se ocupa do direito à habitação e urbanização; o artigo 92 da CRM é dedicado ao direito dos consumidores; o artigo 93 da CRM é dedicado à cultura física e

desporto; o artigo 94 se ocupa da liberdade de criação cultural; e o artigo 95 da CRM consigna o direito à assistência na incapacidade e na velhice.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, macroscopicamente, o sistema constitucional de direitos fundamentais realizou uma boa opção pela sua intensa constitucionalização ao nível do texto da CRM. Este, reservando-lhe uma parte significativa, ainda que não se contestando a hipotética presença de mais áreas do articulado constitucional (GOUVEIA, 2015, p. 312).

O catálogo dos direitos fundamentais consagrados na CRM, ainda que extenso, não se esgota nos arrolados no título III da CRM. Existem outros dispersos na CRM, como são os casos dos direitos da criança consagrados no artigo 121; direitos dos idosos, consignados no artigo 124, ambos da CRM.

Inspirados nas lições de José Melo Alexandrino, pode-se resumir da seguinte forma as principais opções tomadas pelo legislador constituinte em matéria de direitos fundamentais (ALEXANDRINO, 2018b, p. 88):

- a positivação dos direitos fundamentais;
- a recusa de cláusulas gerais, nomeadamente de uma liberdade geral;
- a grande preocupação com a sistematização das matérias, com destaque para a precedência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais;
- a opção por um catálogo igualmente desenvolvido de direitos económicos, sociais e culturais;
- a recusa de uma associação directa entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais;
- a manutenção da cláusula aberta;

- a não previsão de mecanismos específicos de protecção dos direitos e liberdades fundamentais (como a queixa constitucional alemã; o recurso de ampara, espanhol; ou o recurso extraordinário de inconstitucionalidade, angolano).

3 A PERSPECTIVA MATERIAL E ABERTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o plasmado no artigo 42 da CRM, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quais outros constantes das leis.

A Constituição da República, consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais. Porém, ela não é única fonte dos direitos fundamentais, pois podem se extrair os direitos fundamentais de fontes supranacionais, em decorrência de convenções, Acordos, Protocolos e Tratados Internacionais que vinculam o Estado Moçambicano, assim como de normas infraconstitucionais, como sejam as leis aprovadas pela Assembleia da República.

No que tange ao Direito Internacional, o n.º 1 do artigo 18 da CRM define que os Tratados e Acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vinculam internacionalmente o Estado moçambicano.

O artigo 43 da CRM impõe que preceitos relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Portanto, o catálogo dos direitos fundamentais vertido na Constituição da República não é taxativo, não é fechado. É aberto. O que permite acolher outros direitos fundamentais em fontes supranacionais e infraconstitucionais.

De acordo com Jorge Miranda, a perspectiva material dos direitos fundamentais é uma manifestação do princípio da liberdade, contraposto ao princípio da competência, liberdade das pessoas contraposta à prefixação normativa dos poderes do Estado e dos seus órgãos e, mais do que isso, é uma decorrência da ideia basilar da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2017, p. 184). A realização individual de cada homem ou mulher não cinge a este ou aquele acervo de direitos declarados em certo momento (cfr., por todos, MODUGNO, 1995, p. 7-8 e 92, citado por MIRANDA, 2017, p. 184).

E na medida em que as pessoas colectivas e entidades não personalizadas se entendam ao serviço, em última análise, das pessoas humanas que as integram, pode também conceber-se que recebam direitos fundamentais não formalmente constitucionais (MIRANDA, 2017, p. 184).

Se se entende “abertura” como todo o conjunto de fenómenos por intermédio dos quais possam ser criados, revelados, alargados ou ampliados outros direitos fundamentais a realidade ensina que a abertura do sistema de direitos fundamentais pode funcionar – e normalmente funciona – por outras vias que não a da cláusula aberta. Para além dessa via (de abertura a velhos ou novos direitos materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais), constituem modalidades de abertura (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55):

- i) a admissão de direitos fundamentais dispersos;
- ii) a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais formalmente constitucionais;
- iii) a possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais com apoio nas penumbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição;

iv) e, naturalmente, o próprio aditamento expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

Esta cláusula de abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir duas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais (GOUVEIA, 2015, p. 314):

- de integração – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento;
- de aperfeiçoamento – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas.

Eis um fenómeno de recessão constitucional, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infraconstitucional, com todos os benefícios associados a essa constitucionalização (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

E precisamente isso o que se verifica na CRM, a qual aceita que os direitos fundamentais não se reduzam àqueles que beneficiam de uma consagração no articulado constitucional documental porque outros direitos são admitidos, consagrados noutras fontes, os quais, deste modo, alcandoram-se num idêntico plano constitucional mais elevado (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

Isto é viável graças à presença de uma cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros

constantes das leis” (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

Em matéria de interpretação e de integração, regista-se ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) servem de diapasão interpretativo comum, o que assume uma grande relevância na conformidade de tais direitos por alusão a textos internacionais simbolicamente muito representativos, tendo sido o primeiro sobretudo precursor na consagração de novos direitos fundamentais, a partir de uma óptica internacionalista (ALEXANDRINO, 2018a, p. 55).

4 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o definido no artigo 43 da CRM os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

De acordo com Jorge Miranda, através deste princípio, pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir para horizonte de universalismo (MIRANDA, 2017, p. 205).

Os Direitos Fundamentais ficam assim situadas num contexto mais vasto e mais sólido que o de Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos princípios e valores da declaração como parte essencial da ideia de direito à luz da qual todas as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica moçambicana têm de ser pensadas e postas em prática (MIRANDA, 2017, p. 205).

Não se trata de mero alcance extremo (MIRANDA, 2017, p. 205). Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos fundamentais formalmente constitucionais

(MIRANDA, 2017, p. 205).

Este preceito (artigo 43 da CRM), também encerra uma instrução dirigida ao intérprete, agora no seguinte sentido (ALEXANDRINO, 2018a, p. 61): perante um problema de interpretação relativo ao objecto, ao conteúdo, ao regime ou à regulação legal de um determinado direito fundamental, o intérprete deve procurar apoio nos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o mesmo deve fazer perante uma lacuna relevante que se lhe depare nesse processo de interpretação-aplicação dos preceitos relativos a direitos fundamentais. Por esta via, as normas da DUDH vão permitir esclarecer ou completar alguns aspectos das disposições (constitucionais e legais) de e sobre direitos fundamentais (ALEXANDRINO, 2018a, p. 61).

5 A APLICAÇÃO DIRECTA E IMEDIATA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INDIVIDUAIS

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 56 da Constituição da República, os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e de Leis.

O princípio da aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais significa, segundo José Carlos de Andrade, a afirmação de carácter jurídica positiva e não meramente programática (Proclamatório) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2017, p. 193-194). Constitui, neste sentido, na explicitação do princípio da constitucionalidade de acordo com qual a validade das leis e dos demais actos do estado, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a constituição (ANDRADE, 2017, p. 115).

Estando assente que o regime dos direitos liberdades e

garantias individuais é o da aplicação directa e imediata, será que o mesmo se aplica ao extenso catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais, que fazem da Constituição uma Constituição programática? Será que todas as normas são directamente aplicáveis? E possível uma aplicação directa e imediata de normas programáticas?

Segundo Jorge Miranda, nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis, tais como as relativas às garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais, direito de antena, à objecção de consciência e até aos próprios direitos de sufrágio (MIRANDA, 2017, p. 351). E deles se aproximam as normas sobre direitos económicos, sociais e culturais, essas quase todas programáticas (MIRANDA, 2017, p. 351).

De todo o modo, tanto as normas preceptivas são exequíveis como as programáticas também o são, em certo sentido, directamente aplicáveis (MIRANDA, 2017, p. 352) enquanto:

- a) proíbem a emissão de normas legais contrárias ou à prática de comportamentos que tendem a impedir a produção de actos por elas impostos, como por exemplo, a negação de objecção de consciência por parte dos médicos em caso de interrupção voluntários da gravidez;
- b) só por constarem da Constituição contam para a interpretação sistemática e, através da analogia, podem contribuir para a integração de lacuna;
- c) fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam.

Existem normas constitucionais sobre direitos fundamentais que mais bem se efectivam com a intervenção do legislador ordinário para a sua regulamentação. Neste caso, será defensável a não aplicabilidade de uma norma constitucional em decorrência de uma omissão legislativa?

Nestes casos, o princípio da aplicabilidade directa valerá como indicador de exequibilidade potencial das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no carácter determinável do seu respectivo conteúdo de sentido.” (ANDRADE, 2017, p. 195).

Sobre esta problemática, José Carlos de Andrade esclarece que a aplicabilidade directa não é equivalente à exequibilidade imediata e, por isso, os problemas surgem no que respeita à generalidade de direitos, liberdades e garantias. Desde logo, para aqueles direitos cujo exercício efectivo está necessariamente dependente de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento – por exemplo, os direitos políticos (como o direito de voto), os direitos processuais (como o direito de acção administrativa), alguns aspectos das liberdades (liberdade de circulação automóvel, liberdade de ensino privado). Mas, também relativamente às garantias institucionais (em que há um certo espaço de conformação legislativa) e mesmo a outros tipos de direitos, incluindo as liberdades e os direitos relativos a bens pessoais quanto a aspectos da sua protecção perante terceiros – designadamente no que toca às prestações jurídicas ou materiais de garantia (dever de protecção criminal, dever de intervenção policial (ANDRADE, 2017, p. 192).

É que os que preceitos relativos àqueles direitos e garantias (e a generalidade dos direitos, quanto aos referidos aspectos de protecção) não são de facto imediatamente exequíveis, pois dependem de intervenção do Estado, designadamente de uma actuação legislativa que regule o domínio de vida em questão ou organize o procedimento e os meios da acção pública (ANDRADE, 2017, p. 197-198).

Nestas hipóteses, o alcance normativo da aplicabilidade directa não reside na exequibilidade. Está na diversidade estrita da intervenção legislativa, que há de assegurar, nas condições de

normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação e a produção das demais actuações necessárias ao exercício dos direitos (ANDRADE, 2017, p. 198).

6 A RESTRIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 56 da CRM, o exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição.

O n.º 3 da mesma disposição constitucional clarifica que a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.

O n.º 4 da disposição constitucional em alusão impõe que as restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

Portanto, a restrição dos direitos fundamentais se reveste de um carácter restritivo e só pode acontecer nas seguintes circunstâncias:

- em salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição;
- nos casos expressamente previstos na Constituição;
- deve revestir um carácter geral e abstracto;
- não pode ter um efeito retroactivo.

Uma lei que for a limitar ou restringir os direitos fundamentais, fora dos pressupostos supra aludidos, estaria ferida de uma inconstitucionalidade material.

Este tem sido um fenómeno qualificado como de restrição de direitos, liberdades e garantias, o qual se define do seguinte modo:

a diminuição do alcance permissivo das normas constitucionais que os garantem, de um modo permanente, em determinadas situações – restrições objetivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjetivas (ANDRADE, 2017, p. 342).

Partindo da ideia de que os direitos, liberdades e garantias não são eliminados, ela se justifica pela conveniência de proteger outros valores igualmente relevantes no plano constitucional (ANDRADE, 2017, p. 342). Em todo o caso, a restrição assume uma feição *parcial*, não atingindo a totalidade do direito fundamental alvo do respetivo efeito (VAZ, 1996, citado por GOUVEIA, 2015, p. 342).

Pensando nos interesses em jogo, a restrição de direitos, liberdades e garantias se funda na circunstância de os textos constitucionais reconhecerem que não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais genericamente proclamados, com um intuito primordial de assegurar a própria efetividade da respetiva tipologia no seu conjunto.

Essas restrições dos direitos, liberdades e garantias – o que também se pode aplicar à globalidade dos direitos fundamentais – inserem-se, pois, numa tríplice função (GOUVEIA, 1999, p. 1.357-1.358, *apud* GOUVEIA, 2015, p. 342-343):

- a função adequadora explica-se no seio da acomodação constitucional dos diversos tipos de direitos, liberdades e garantias consagrados. A restrição de um deles serve para permitir que outros direitos se exerçam sem sobreposições, todos assim tendo a maior eficácia possível, segundo um princípio de otimização dos respetivos conteúdo e exercício;
- a função dirimente tem lugar no contexto específico da colisão entre direitos, liberdades e garantias, a qual representa o exercício conflituante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos. A restrição de alguns deles pode servir

para evitar a repetição desses conflitos no futuro, resolvendo-os logo no plano da legislação, não sendo necessário recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais;

- a função comunitária liga-se à conjugação entre direitos, liberdades e garantias das pessoas e os bens ou interesses coletivos identicamente merecedores de tutela. O exercício de tais direitos, para lá do respeito imposto pelos outros direitos, liberdades e garantias com os quais podem entrar em choque, deve ainda surgir materialmente limitado pelo acatamento de valores comunitários que se lhes impõe de um modo geral. A restrição de direitos, liberdades e garantias pode ainda ser um instrumento de garantia desses bens, limitando aqueles direitos nas situações em que os mesmos conflituariam com os interesses da coletividade que importa preservar.

De um modo geral, a competência legislativa para efetuar as restrições dos direitos, liberdades e garantias é atribuída à Assembleia da República, ainda que lhe não seja tipologicamente atribuída, mas podendo pacificamente se incluir na sua reserva legislativa definida pela cláusula geral (GOUVEIA, 2015, p. 343).

Mas o legislador constitucional, na atribuição normativa deste poder legal de cariz restritivo dos direitos, liberdades e garantias, também estipulou mandatos específicos para a restrição de alguns dos tipos de direitos, liberdades e garantias, forçando à emissão de um ato legislativo parlamentar (GOUVEIA, 2015, p. 343).

Foi isso que aconteceu com alguns preceitos constitucionais, dos quais se recordam três (GOUVEIA, 2015, p. 343-344):

- a definição da representatividade dos partidos políticos no uso do tempo de antena (art. 49, n.º 1, da CRM);
- os termos do exercício da liberdade de reunião e de manifestação (art. 51 da CRM);

- as limitações à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 68, n.º 1, da CRM).

Esta restrição legal constitucionalmente autorizada para cada direito, liberdade e garantia que se pretenda comprimir está, aliás, em direta consonância com um dos princípios que se pode extrair do mencionado preceito constitucional que cuida do regime geral, formal e material, a que se submetem as intervenções legais restritivas dos direitos, liberdades e garantias (GOUVEIA, 2015, p. 344).

Esse vem a ser o princípio da autorização constitucional expressa, que resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontrolável (o art. 56, n.º 3, da CRM, citado por GOUVEIA, 2015, p. 344).

Duas são, pois, as condições que daqui se inferem: a necessidade de o preceito constitucional prever essa intervenção restritiva; e a imposição de que essa autorização, para restringir, seja feita a título expresse.

Mas, é possível fazer a respetiva indicação, assim se legitimando uma intervenção restritiva pela respetiva invocação, da qual se evidenciam os seguintes (GOUVEIA, 2015, p. 346):

- a segurança do Estado e a segurança pública;
- a proteção do ambiente e do ordenamento do território;
- a defesa dos bens coletivos ao consumo e à saúde; e
- a dignidade da pessoa humana.

7 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE À REVISÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o plasmado no n.º 1 do artigo 300 da CRM, as leis de revisão constitucional devem respeitar, entre outros:

- os direitos, liberdades e garantias fundamentais (alínea d);
- o sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania nas províncias e do poder local (alínea e);
- o pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática (alínea f);
- os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais (alínea k);
- as normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar direitos de cidadania (alínea l).

Portanto, a alteração das matérias respeitantes aos direitos fundamentais está obrigatoriamente sujeita a referendo, conforme impõe o n.º 2 do artigo 300 da CRM.

Assim, essas alíneas do n.º 1 do artigo 300 significam (MIRANDA, 2017, p. 450):³

- a) as leis de revisão têm de respeitar (ou seja, manter e preservar) os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais que correspondam a limites transcendentais ao Direito estatal ou, doutro ângulo, pelo menos, os direitos, liberdades e garantias que, mesmo em estado de necessidade, não podem

³ Atinente à interpretação do artigo 288 da CRP pertinente aos limites materiais de revisão constitucional, com um conteúdo análogo ao artigo 300 da Constituição da República de Moçambique (CRM).

- ser suspensos;
- b) as leis de revisão têm de respeitar os direitos, liberdades e garantias que correspondam a limites imanentes à legitimidade democrática da Constituição, como o direito de sufrágio e o direito de associação política;
 - c) as leis de revisão têm de respeitar o conteúdo essencial dos demais direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais (ou, porventura, numa visão mais mitigada, o conteúdo essencial do sistema desses direitos, podendo então vir a diminuir o seu elenco ou a afetar o conteúdo essencial de qualquer deles, desde que não fique prejudicado o sistema global);
 - d) as leis de revisão têm de respeitar o regime dos direitos fundamentais – tanto os regimes comuns como os regimes específicos;
 - e) as leis de revisão não podem estabelecer derrogações a normas de direitos, liberdades e garantias, mormente derrogações ou ruturas materiais de sentido restritivo;
 - f) as leis de revisão têm de respeitar o princípio do art. 16.º, n.º 2, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Não se trata de impedir qualquer modificação textual ou até de sentido dos preceitos a que se referem as alíneas do n.º 1 do artigo 300 (MIRANDA, 2017, p. 450). Trata-se, sim, de respeitar os princípios a eles subjacentes: os princípios de salvaguarda da vida humana, de liberdade de imprensa, de sufrágio universal, de liberdade sindical, do direito ao trabalho, do direito ao ensino, etc. (MIRANDA, 2017, p. 450).

A garantia trazida pelas cláusulas de limites materiais é de princípios, e não de preceitos (MIRANDA, 2007, p. 26, 27 e 236 e

segs, referenciado por MIRANDA, 2017, p. 451).

O sentido fundamental dos limites materiais é: garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo) (MIRANDA, 2007, p. 213). Mesmo quando a Constituição proíbe a revisão de artigos sobre a revisão, são os princípios que visa defender, porventura aparelhando um mecanismo mais complexo para o efeito (MIRANDA, 2007, p. 213).

8 CRÍTICAS AO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O sistema jurídico formalmente consagrado na Constituição da República não estabelece expressamente uma ligação entre o sistema de fiscalização da constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais. O sistema jurisdicional de protecção dos direitos fundamentais não garante uma tutela efectiva dos direitos fundamentais, devido fundamentalmente aos seguintes factores:

- 1) a ausência de queixa constitucional, ou do recurso de amparo ou da reclamação constitucional, não permite que os cidadãos possam recorrer ao Conselho Constitucional em caso de violação dos direitos fundamentais;
- 2) o Conselho Constitucional só fiscaliza a constitucionalidade de actos normativos, ficando de fora dos actos não normativos ou políticos praticados pelos órgãos do Estado;
- 3) o Conselho Constitucional, não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão legislativa, o que leva a que a Constituição não esteja completamente regulamentada, o que gera omissões legislativas que lesam os direitos fundamentais dos cidadãos;
- 4) o acesso à justiça constitucional aos cidadãos é bastante

limitado, pois só dois mil cidadãos é que podem solicitar a apreciação de inconstitucionalidade, conforme impõe a alínea g) do n.º 2 do artigo 245;

- 5) não há uma clareza sobre os procedimentos do relacionamento entre os Tribunais comuns e o Conselho Constitucional na administração da justiça constitucional;
- 6) o Conselho Constitucional não tem competências para dirimir conflitos entre órgãos do Estado, limitando-se apenas aos conflitos entre os órgãos de soberania;
- 7) a falta de previsão dos direitos fundamentais de pessoas colectivas cria um vazio legal;
- 8) a falta de um regime de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão gera um vazio no sistema de protecção dos direitos fundamentais;
- 9) não há uma ligação formal expressa entre a tutela dos direitos fundamentais e a protecção da dignidade da pessoa humana;
- 10) a falta de clareza sobre o regime jurídico aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais, ou seja, a não clarificação se o regime das Garantias, Liberdades e Garantias Individuais, pode ser analogicamente aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais.

9 CONCLUSÃO

A Constituição da República consagra um catálogo extenso de direitos fundamentais, de natureza cívica, política, económica, social e cultural.

Embora haja um regime específico definido sobre os direitos, liberdades e garantias individuais, todo o catálogo dos direitos fundamentais configura uma unidade sistémica que visa à protecção

da dignidade da pessoa humana.

O legislador constituinte optou por uma abordagem aberta dos direitos fundamentais, pelo que a Constituição da República não é a única fonte de direitos fundamentais, devendo considerar-se também factos supranacionais e infraconstitucionais.

Apesar da unidade sistémica, deve-se considerar que os direitos económicos, sociais e culturais têm um carácter programático e não são imediatamente exequíveis, pois exigem a criação de condições materiais pelo Estado em função dos recursos e meios disponíveis.

Contudo, não basta a existência de catálogo extenso de direitos fundamentais para a sua efectivação. É necessário a consagração de mecanismos de tutela graciosa e jurisdicional efectivos.

Em nível jurisdicional, as principais fragilidades da tutela dos direitos fundamentais resultam dos seguintes factores:

- a inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão legislativa;
- a inexistência do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, ou da reclamação constitucional ou ainda queixa constitucional;
- o Conselho Constitucional só fiscaliza e declara a inconstitucionalidade de actos normativos dos órgãos de Estado, deixando de fora os actos não normativos, e os actos normativos de entidades privadas, ainda que violem os direitos fundamentais, embora estes sejam de aplicação imediata e vinculem a todas entidades públicas e privadas;
- a falta de uma extensão formal expressa ou por analogia do regime dos direitos, liberdades e garantias individuais aos direitos económicos, sociais e culturais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. 2. ed. Cascais: Principia, 2018a.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Lições de direito constitucional**. v. II. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2018b.

ALEXANDRINO, José de Melo. O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais. Texto da palestra proferida na Conferência alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda.

ALEXANDRINO, José de Melo. Os tribunais e a defesa dos direitos fundamentais: reflexões em torno da experiência Cabo-Verdiana. In: ALEXANDRINO, José de Melo. **Elementos de direito público lusófono**, Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. Sim ou não ao recurso de amparo? In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

AMARAL, Maria Lúcia. Direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional. Intervenção proferida no Seminário Internacional sobre o Direito de Acesso à Justiça, realizado em Luanda em novembro de 2011. Disponível em: <cjcjplp.tribunalconstitucional.pt>.

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

ANGOLA. Constituição da República de Angola. 2010.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Tutela judicial efectiva e

acesso dos cidadãos ao tribunal constitucional. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 29, p. 61-75, maio-ago. 2016.

BOTELHO, Catarina Santos. Acesso dos particulares ao tribunal constitucional? uma esperada revisão constitucional. Disponível em: <<https://observador.pt>>.

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. Haja uma nova jurisdição constitucional: pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao tribunal constitucional. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Almedina, ano 70, v. I/IV, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. O lugar do tribunal constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 34, jan.-abr. 2018.

BRITO, José de Sousa. A jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Tribunal Constitucional, legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10.º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 a 29 de maio de 1993.

CANAS, Vitalino. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CANAS, Vitalino. **O processo de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo tribunal constitucional: natureza e princípios estruturantes**. Coimbra: Coimbra ed., 1986.

CANAS, Vitalino. **Princípios estruturantes dos processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade**. Lisboa, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O acesso à justiça constitucional. In: CONFERENCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESAS (Conferência), Luanda, 24 de junho de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CISTAC, Gilles. História constitucional da pátria amada. In: PEQUENINO, Benjamim (Coord.). **Evolução constitucional da pátria amada**. Maputo: Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, 2009.

CISTAC, Gilles. O conselho constitucional como regulador do sistema jurídico-político moçambicano. In: DELGADO, José Pina; SILVA, Mário Ramos Pereira (Org.). **Estudos em comemoração do XX aniversário da constituição da República de Cabo Verde**. Praia: ESCJS, 2013.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1992.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. A tutela dos direitos fundamentais. In: **Documentação e direito comparado**, Lisboa, Suplemento do Boletim do Ministério da Justiça, n. 5, p. 201-227, 1981.

HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello stato costituzionale**. Trad. A. Fusillo; R. W. Rossi. Roma: Carocci, 1993. (título original: Die wesengelnaltsgarantie des art. 9 abs. 2 gründgesetz)

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. I. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2016a.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. v. II. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2016b.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O estado de exceção no direito constitucional**. v. II. Lisboa: Almedina, 1999.

FONSECA, Guilherme. Tribunais constitucionais. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Almedina/Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 34, jan.-abr. 2018.

GOMES, Carla Amado. Pretexto e texto da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, 2003. Disponível em: <www.icjp.pt>.

GUENHA, João A. Ubisse. O CC como órgão especializado na administração da justiça constitucional. In: SEMINÁRIO SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE (Apresentação), Quelimane, 2008.

GUERRA, Rosa Maria. **O recurso extraordinário de inconstitucionalidade**: problemas da configuração do regime jurídico e da natureza. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2017.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995.

JUSTINO, Justino Felizardo. **O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana**: em fiscalização concreta à luz da constituição de 2004. Beira: Eundza, 2018.

MENDES, Armindo Ribeiro. Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal. In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge. **A constituição de 1976**: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Aperfeiçoar a constituição**. Coimbra: Almedina, 2021.

MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, EMERJ, v. 6. n.º 21, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. II. 6. ed., rev. e actual. Coimbra, Coimbra Ed., 2007.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 6. núm. 18, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1986.

MOÇAMBIQUE. Assembleia da República. Texto final do projecto da Constituição da República de Moçambique e Adenda. V Legislatura. Maputo, 2004.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Balanço de Actividades Desenvolvidas pelo Conselho Constitucional 2003-2008. Disponível em: <<http://www.cconstitucional.org.mz>>.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1975. Maputo, **Boletim da República**, nº 1, I Série, de 25 de junho de 1975.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1990. Maputo, **Boletim da República**, nº 44, I Série, Suplemento, de 2 de novembro de 1990.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de

2004. Maputo, **Boletim da República**, nº 51, I Série, de 22 de dezembro de 2004.

MOÇAMBIQUE. Lei 2/2022, de 21 de janeiro. Aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei 6/2006, de 2 de agosto e a Lei 5/2008, de 9 de junho.

MOÇAMBIQUE. Lei 4/2003, de 21 de janeiro. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei 6/2006, de 2 de agosto. Aprova a Lei Orgânica do Constitucional e revoga a Lei 9/2003, de 22 de outubro.

MOÇAMBIQUE. Lei 9/2003, de 22 de outubro. aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e revoga a Lei 4/2003, de 21 de janeiro.

MODUGNO, Franco. **I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale**. Torino: Giapicelli, 1995.

MORAIS, Carlos Blanco de. Que reformas para a justiça constitucional portuguesa. In: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord). **Perspectiva de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MOTA, Marcelo Moraes. Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e concepções democráticas. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, **Anais...** Brasília-DF, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <www.publicadodireito.com.br>.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais, triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PORTUGAL. Lei 28/82, de 15 de novembro, alterada pela Lei 143/85, de 26 de novembro e pela Lei 85/89, de 7 de setembro. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de Portugal.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva de lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976**. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996.

Recebido em: 21-6-2022
Aprovado em: 27-11-2022

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO¹

Luis Eduardo Rey Vázquez²

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, discurriendo 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.

¹ **Como citar este artículo científico.** REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El debido proceso administrativo. In: Revista Amagis Jurídica, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 105-196, jan.-abr. 2023.

² 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

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 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.

SUMARIO. I Preliminar. 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. II.2 Ley 3.460. III Aspectos Comunes a Ambas Normas. IV Diversas Manifestaciones del Principio del Debido Proceso. IV.1 Principio de Proporcionalidad. IV.2 Principio de Participación Ciudadana. IV.3 Principio de Buena Administración. V El Debido Proceso en los Procedimientos Disciplinarios. V.1 Fundamento, Origen y Finalidad del Poder Disciplinario. V.2 Principio de Legalidad. V.3 El Principio *Nullum crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*. V.4 La Tipicidad. V.5 Relaciones de Especial Sujeción. V.6 Principio del Debido Proceso. V.6.1 Teoría de la Subsanación. V.6.2 Prohibición de Declarar Contra sí Mismo. V.6.3 El Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable. V.6.4 El Derecho a Elegir un Abogado Defensor de su Confianza. V.6.5 Brevedad Irrazonable del Plazo para Recurrir. V.6.6 Recurribilidad de Las Sanciones Menores. V.6.7 El Principio de Tutela Administrativa Efectiva. V.6.8 Sumario Administrativo. Objeto. Sujetos Alcanzados. V.7 Principio *Non Bis in Idem*. V.8 Principio de Ley Penal más Benigna. V.9 Principio in Dubio pro Imputado. V.10 Razonabilidad y Proporcionalidad. Exceso de Punición. V.11 Relaciones entre el Procedimiento Disciplinario y el Proceso Penal. V.12 Posibilidad de Ejercer la Potestad Disciplinaria Luego de la Extinción de la Relación de Empleo Público. V.13 El Deber de Someterse a las Investigaciones. Irrecurribilidad de la Orden de Sumario. V.14 Independencia del Instructor Sumarial. V.15 Acerca de la “Pérdida de Confianza”. V.16 Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en

Sede Administrativa. V.17 El Caso “Perrone y Preckel vs. Argentina” y la Garantía de Plazo Razonable. V.18 El Principio de Proporcionalidad como Estándar de Control Judicial de las Restricciones Impuestas en la Pandemia. VI Conclusiones. Referencias.

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 Corrientes³, dando cuenta de los en ellas plasmados, para luego visualizar la tendencia en legislaciones más modernas, tanto en la Argentina⁴ como en el derecho comparado⁵, vaticinando las perspectivas hacia donde se dirige la regulación de la temática, indicativa del rumbo fijado⁶.

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.

³ Ley 3.460, sanc. 22-11-1978; promul. 22-11-1978; publ. 30-01-1979.

⁴ Ley 9.003 de la Provincia de Mendoza (B.O. 19-09-2017).

⁵ 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 (2003).

⁶ 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”⁷, 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. 98⁸;

⁷ 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.

⁸ 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

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”⁹ en su vertiente de vinculación positiva¹⁰, no obstante, reconociendo la existencia de competencias implícitas, siguiendo aquí lo sostenido oportunamente por Linares

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”.

⁹ 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 [...]”.

¹⁰ 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).

(1971a), y compartido por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN)¹¹.

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 implícita¹².

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 pública¹³.

¹¹“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).

¹² 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.

¹³ CSJN, 19-11-1992, “Naveiro de la Serna de López, Helena María c. Bauhoffer, Martha Beatriz s/recurso de hecho”, *Fallos* 315:2771.

Un correlato de dicho principio de juridicidad, es que la Administración no puede declarar inconstitucional una ley¹⁴, aun cuando en su día se postulara la posibilidad de inaplicarla¹⁵, y que incluso se ha sostenido que la Administración ejerza el control de convencionalidad (CARNOTA, 2013)¹⁶.

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”¹⁷, aunque matizado con la referencia a que “en las formas se realizan las esencias”¹⁸.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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 [...]”.

¹⁷ CSJN, 27-12-1988, “Resguardo Cía. de Seguros S.A. s/ observaciones al balance del 30/6/85 por la Superintendencia de Seguros de la Nación”. Fallos 311:2821.

¹⁸ 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 normativo 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 gastos¹⁹.

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 efecto²⁰, o bien, conforme a la denominada teoría de la

¹⁹ 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).

²⁰ “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.

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)²¹.

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 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)²².

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)²³.

Respecto al principio del debido proceso adjetivo, también

²¹ PTN, Dict. n.º 62/07, 12 de marzo de 2007. Expte. n.º 15.637/03. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 260:294).

²² 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.

²³ 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.

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*”²⁴

Tempranamente, sostuvo la CSJN, enarbolando siquiera de manera implícita el rol predicado del administrado –de colaborador²⁵ en la elaboración 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).

²⁴ 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”.

²⁵ 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 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).

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 jurisdicción²⁶.

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 [...] ²⁷.

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 administrativa²⁸

²⁶ CSJN, 30-03-1989, “Elverdin, Jorge Julio v. UNLP. s/ ordinario”, *Fallos* 312:417.

²⁷ CSJN, 14-10-2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 327:4185.

²⁸ 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).

(aun cuando culmine no hallándola y debiendo acudir a la justicia).

La cuestión se ha reeditado recientemente en ocasión donde el Máximo Tribunal Nacional se pronunció robusteciendo el principio “*in dubio pro actione*”²⁹, 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)³⁰.

²⁹ 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.

³⁰ 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

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 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”³¹, 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”³².

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.

³¹ Para un estudio en profundidad del tema, puede verse el señero trabajo de Linares (1971b).

³² 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

También ha sido una manifestación del debido proceso, la garantía de plazo razonable, conforme lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer”³³.

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 21-05-2001³⁴, 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, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos³⁵.

Asimismo, respecto del principio de publicidad, muy utilizado en materia de contrataciones públicas, merece rememorar un fallo de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en voto del

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).

³³ CSJN, 26-06-2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, *Fallos*: 335:1126.

³⁴ < http://www.mercosur.org.uy/t_generico.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6>. Consultado el 12-08-2009.

³⁵ Sin haberlo citado expresamente, reproduce aquí la opinión de Melo (2006, p. 84).

Juez Coviello³⁶, 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),

³⁶ 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

la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado la necesidad de practicar la intimación previa³⁷ 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”³⁸, 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.

³⁷ 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 [...]”*.

³⁸ CSJN, 13-02-1986, “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos”, Fallos 308:108.

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 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 122/00³⁹.

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

³⁹ 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.

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).*

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 ex 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)⁴⁰.

En materia jubilatoria, 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,

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

⁴⁰ CNCont.-adm. Fed., Sala I, 12/05/2000. –G., R. A. c. ISSB– Resol. 114/96, EDA, 00/01-151. Se agregó que: “[...] *II. 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)”*.

prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite⁴¹.

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 fundada⁴².

⁴¹ CSJN, 24-04-2001; “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”. *Fallos* 324:1403.

⁴² 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 PROPORCIONALIDAD⁴³

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”.

⁴³ 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 [...]”.

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 extremo⁴⁴, expuso la Corte recordando que lo dicho desde antiguo acerca de que “[...] la igualdad 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 levantar⁴⁵.

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Remitiendo a la causa “Hooft” del 16-11-2004, Fallos: 327:5118, considerando 4.º y sus citas.

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*⁴⁶.

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 argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado⁴⁷.

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

⁴⁶ Sentencia in re “Hooft”, considerando 6.º.

⁴⁷ Remite allí a la Sentencia in re: “Gottschau”, 08-08-2006, *Fallos* 329:2986, considerando 61)

Administración en el ejercicio de facultades discrecionales.

Al respecto, expresa la doctrina (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2002, p. 233; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007)⁴⁸ 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*⁴⁹. El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del *natural justice*⁵⁰, 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 XX⁵¹. 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 adoptado⁵².

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Menciona al caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, AC 374.

⁵⁰ 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.).

⁵¹ 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.

⁵² 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,

Luego, refiere que resulta relevante que en una sentencia de la Corte de Apelación en la causa “*Coughlan*”⁵³ se consagra la confianza legítima “sustantiva” como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el standard de control utilizado tradicionalmente por los Tribunales: la razonabilidad *Wednesbury*.

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.

⁵³ *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).

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 equivalido 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 coordinadas 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”.

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 CIUDADANA⁵⁴

Sobre el tema, del que me he ocupado con anterioridad merece destacarse el caso “CEPIS”⁵⁵ de la CSJN, del que extraeré algunos tópicos sobre los que 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 constituyente⁵⁶. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ El citado artículo fue incorporado a la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

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 ciertos⁵⁷ 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)⁵⁸. Y también el auxilio al concepto de “democracia deliberativa” con citas de Rawls⁵⁹ y Nino⁶⁰.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º).

⁵⁹ Considerando 18.º) del Voto mayoritario, citando la obra de Rawls (2001). Hay edición castellana, Rawls (1986).

⁶⁰ 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-ARANAMUÑOZ, 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 disciplinario⁶¹.

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

⁶¹ 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.

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.

V.1 FUNDAMENTO, ORIGEN Y FINALIDAD DEL PODER DISCIPLINARIO⁶²

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)⁶³.

Respecto a su finalidad, se ha expresado: “[...] El derecho

⁶² Sobre el punto, puede verse con mayor amplitud, Docobo (1970, p. 243). Asimismo, en el Derecho español, la excelente monografía de Lafuente Benaches (1996).

⁶³ 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.

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”)⁶⁴.

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 Reboredo)⁶⁵.

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 Penal⁶⁶.

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

⁶⁴ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4.^a, 02/08/1994, - “FUEGO, Carlos E. s/ APELACIÓN art. 40 ley 22140”.

⁶⁵ CSJN, G 423 XXVII – “Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo”. 5/07/96. Fallos 319:1165.

⁶⁶ 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.

a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal⁶⁷.

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)⁶⁸.

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,

⁶⁷ CS, Febrero 17 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

⁶⁸ CSJN, 09-03-2004, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. R. 230. XXXIV. Fallos 327:388, Considerando 13.º.

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 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 Nacional⁶⁹.

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)⁷⁰.

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”⁷¹, 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”.

⁶⁹ 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”.

⁷⁰ El autor cita el trabajo de Canda (1996, p. 167 y ss.).

⁷¹ CNCont.-adm. Fed, Sala I, 30-11-1995, LL, 1996-C, 459, con nota de Agustín.

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 PRAEUIA*

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 inculpar 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”⁷², 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, acudir a la analogía en los casos de falta de regulación normativa”⁷³.

Sin embargo, agrega Comadira que

[...] aún en las posiciones más flexibles en esta materia, se formulan dos salvedades:

⁷² 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.

⁷³ 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.

- a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma, no pueden imponerse más que ellas⁷⁴.
- 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)⁷⁵.

Por su parte, en el Derecho uruguayo, ha sostenido Lorenzo de Vega Jaime (1996, p. 11) que

⁷⁴ Cita al respecto a Goane (1998, p. 1.039), y a Marienhoff, 1995, p. 423.

⁷⁵ 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)⁷⁶.

⁷⁶ 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

Por su parte, en referencia al Derecho español, Alejandro Nieto ha sostenido, al señalar las diferencias del Derecho Penal (en adelante DP) con el 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

el Derecho disciplinario, razonablemente interpretada, una garantía formal de justicia como límite jurídico a la discrecionalidad administrativa”.

art. 99, inc. 2.º de la Constitución Nacional⁷⁷.

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 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

⁷⁷ 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.

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).⁷⁸

Pero es en la causa “Ponchón, Jesús A. c. Policía Federal Argentina”⁷⁹, 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:

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.).

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 al 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.

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 disciplinario⁸⁰.

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

⁸⁰ Expte. n.º 1-2002-2095002475/01-4. Ministerio de Salud; 30 de enero de 2002. (Dictámenes 240:117).

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)⁸¹.

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”.⁸²

V.6.1 TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN

Comentario aparte merece la denominada “teoría de la subsanación”⁸³, 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”⁸⁴.

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 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

⁸¹ 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.

⁸² SC Buenos Aires, Noviembre 13 1984, “Salanueva, Olga L. C. Provincia de Buenos Aires”, Repertorios ‘El Derecho’ – Sumarios 20.

⁸³ Para un estudio en profundidad del tema, ver: Linares (1971b).

⁸⁴ CSJN, in re: “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, del 01/06/1982. Fallos 304:769.

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 previo⁸⁵.

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)⁸⁶.

En idéntico sentido, se ha pronunciado la CSJN, en el caso “Kusnir, Juan E. c. UBA” (CSJN, 10-10-1969. ED, 30-105) y posteriores⁸⁷.

⁸⁵ 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).

⁸⁶ Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).

⁸⁷ 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

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)⁸⁸.

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

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 [...]”.

⁸⁸ 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.

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 verbal⁸⁹.

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 Humanos⁹⁰.

⁸⁹ 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 sumarísimo 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).

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, *La Ley* 2001-D, 573.

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)”⁹¹.

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 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

⁹¹ 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).

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 [...]⁹².

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 –por analogía aplicables al procedimiento disciplinario– “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”,

⁹² 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”).

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”⁹³, 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)

⁹³ CSJN, 26/06/2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, Fallos: 335:1126.

el análisis global del procedimiento⁹⁴.

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”⁹⁵.

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

⁹⁴ 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).

⁹⁵ 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)].

Derechos Civiles y Políticos⁹⁶.

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”⁹⁷.

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”⁹⁸.

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 judiciales⁹⁹.

⁹⁶ Los puntos corresponden al voto de la doctora Argibay integrando la mayoría.

⁹⁷ CSJN, P. 127. XXIV. Parra de Presto, Stella Maris s/ inconstitucionalidad ordenanza general 207/77 I. 1354. 16/11/1993. Fallos 316:2539.

⁹⁸ CSJN, G. 639. XXXVIII. Gador S.A. s/ infracción ley 16.463 –causa n.º 1626/01–. 9/03/04. Fallos 327:367.

⁹⁹ Corte Sup., 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal

V.6.8 SUMARIO ADMINISTRATIVO. OBJETO. SUJETOS ALCANZADOS

La PTN ha sostenido sobre el tópicó 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)¹⁰⁰.

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

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”.

¹⁰⁰ Dict. n.º 334/08, 29 de diciembre de 2008. Expte. PTN n.º 186/2007. Universidad Nacional de Catamarca. (Dictámenes 267:632).

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 Nacional¹⁰¹.

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

¹⁰¹ 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).

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 pasible 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)”¹⁰².

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)¹⁰³.

allí mismo sostuvo que:

¹⁰² 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).

¹⁰³ Expte. n.º 485/97. Conicet; 13 de octubre de 2000. (Dictámenes 235:210).

En un planteo relativo a la aplicación de la ley más benigna en materia de prescripción, al establecerse que las correcciones disciplinarias no importan 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 solícito se haga lugar a la prescripción opuesta –art 38, ley 22140– teniendo en cuenta que es una disposición más benigna).¹⁰⁴

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 ley¹⁰⁵.

¹⁰⁴ CS, Febrero 17, 1987. *ED*, 123-395.- Con nota de Germán J. Bidart Campos.

¹⁰⁵ CS, Agosto 8, 1985, “Caputo, Luis O”. Repertorios ‘El Derecho’ n.º 20.

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 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 análisis¹⁰⁶.

Sin embargo, en el orden federal¹⁰⁷ 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

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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”.

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 ilegítimo¹⁰⁸.

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 manifiesta¹⁰⁹.

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.

¹⁰⁸ Ver supra, el criterio sentado por la CSJN en la causa “Fadlala de Ferreyra, Celia Ramona” del 22-03-1984, Fallos 306:126.

¹⁰⁹ CNCont.-adm. Fed. , sala V Fecha: noviembre 26-1997, in re: “Delgadillo, Ernesto José c. Ministerio de Defensa Prefectura Naval Argentina”, ED, 177-503.

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”¹¹⁰, 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 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.

¹¹⁰ CSJN, “Demchenko, Iván c. Prefectura Naval Argentina”, noviembre, 4 - 1998. ED, 183-966.

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 retro obligatorio [...] ¹¹¹.

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.

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.

¹¹¹ 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)].

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 comprobados¹¹².

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. 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 administrativa¹¹³.

¹¹² 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).

¹¹³ 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.

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 penal¹¹⁴.

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 administrativas¹¹⁵.

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 contenciosoadministrativo”.

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 administración sobre sus miembros, y por lo tanto, resulta independiente de la sanción penal que pudiere

¹¹⁴ CS, Febrero 17, 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

¹¹⁵ CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, Febrero 26, 1987. *ED*, 124-416.

recaer en sede judicial por la Comisión del delito¹¹⁶.

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 institución¹¹⁷.

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 agente¹¹⁸.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ CNFedContenciosoadministrativo, Sala IV, “L. L.A. c. Estado nacional –M.º del Interior– Policía Federal Argentina s/retiro militar y fuerzas de seguridad”.

¹¹⁸ CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 07-05-1997, “Abadía, César R. c. Servicio Penitenciario Federal”, *La Ley* 1998-B, 514, con nota de Douglas H. Lyall.

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 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)¹¹⁹.

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.”¹²⁰, 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:

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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.

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 función¹²¹.

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

¹²¹ Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).

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?¹²².

Al respecto, receptando en el punto la doctrina elaborada por Marienhoff y Comadira, se ha pronunciado la jurisprudencia federal en la causa “Musa”¹²³, 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.

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

¹²² 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”.

¹²³ 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).

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 público¹²⁴.

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 citada¹²⁵.

¹²⁴ 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”.

¹²⁵ 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”.

V.13 EL DEBER DE SOMETERSE A LAS INVESTIGACIONES. IRRECURRENIBILIDAD 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:

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)¹²⁶.

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:

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 467/99¹²⁷ 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,

¹²⁶ 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).

¹²⁷ 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).

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 predispuesto 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 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 transcrita, 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 afectarla¹²⁸.

¹²⁸ 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

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 pública¹²⁹.

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 Investigaciones Administrativas no es el órgano que debe resolver el sumario sino el Procurador del Tesoro de la Nación [...] ¹³⁰.

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

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”.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Res. PTN n.º 92/02; 14 de noviembre de 2002. (Dictámenes 243:412).

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)¹³¹.

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 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,

¹³¹ Dict. n.º 285/03, 13 de mayo de 2003. Expte. n.º 7740/99. Secretaría de Cultura. (Dictámenes 245:312).

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 pertinente¹³².

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 [...]”¹³³.

Es decir, no constituye una causal autónoma para la adopción de la medida disciplinaria ni tampoco como agravante para aplicar

¹³² 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 conducta grave debidamente acreditada”.

¹³³ CNACAF, Sala I, “S. M. c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – s/Empleo Público”, 26-08-2002.

una sanción mayor a la que correspondería en atención a los hechos objetivamente probados¹³⁴.

V.16 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

Frente a una disposición como la del artículo 38¹³⁵ 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 fundamentamente cuestionada su constitucionalidad¹³⁶.

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

¹³⁴ 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).

¹³⁵ 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”.

¹³⁶ Dict. n.º 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. n.º 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

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 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 Americana¹³⁷.

¹³⁷ 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.

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 Preckel¹³⁸.

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.

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-

¹³⁸ 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>.

-derecho al cobro de haberes por funciones no desempeñadas¹³⁹.

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 período 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.”¹⁴⁰, Considerando 10.º,

¹³⁹ 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) [...]”.

¹⁴⁰ CSJN, del 15-06-2010 (Fallos 333:1023).

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 [...].

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 alumbró 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*”¹⁴¹, o bien, el apartado destinado a las

¹⁴¹ 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).

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 dignidad¹⁴².

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

¹⁴² 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 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.

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.

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: **ElDial.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, Guilherme 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. **EDial.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.

Recebido em: 27-12-2022

Aprovado em: 15-3-2023

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL: UM ORDENAMENTO JURÍDICO REALISTA?¹

Marcela Valente Costa²

RESUMO

A violência doméstica, apesar de ser um fenômeno antigo, é recente enquanto tipo legal de crime. Neste pequeno estudo, temos como objetivo demonstrar não só o caminho atravessado pelo legislador português no âmbito da violência doméstica, mas também analisar o regime atual. Pese embora, não tenhamos feito uma investigação exaustiva do tema, sob pena de ficar muito grande, refletimos sobre alguns pontos, a saber: a influência da Convenção de Istambul na tipificação do crime, o bem jurídico em causa, a conduta e o dolo do agente, as consequências jurídicas do crime, a violência de género e o ciclo da violência, assim como, a relação entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio. A nossa intenção com este estudo é mostrar o ordenamento jurídico-penal português no âmbito da violência doméstica.

Palavras-chave: violência doméstica, violência de género, Convenção de Istambul, bem jurídico complexo, conduta dolosa, penas acessórias, ciclo de violência, homicídio, concurso de crimes.

¹ **Como citar este artigo científico.** COSTA, Marcela Valente. Violência doméstica em Portugal: um ordenamento jurídico realista? In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 197-220, jan.-abr. 2023.

² Doutoranda em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto. Mestre em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto. Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Porto. Autora de Literatura Infantil. *E-mail:* marcelavalente13@gmail.com

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 O que é violência doméstica? 2.1 Bem jurídico. 2.2 Conduta típica. 2.3 Sujeitos ativos e passivos e a natureza do crime. 2.4 O dolo. 2.5 Consequências jurídicas do crime. 2.5.1 Pena principal. 2.5.2 As penas acessórias. 3 Violência Doméstica: uma questão de género. 3.1 *Iter criminis*. 4 E quando as vítimas são assassinadas? 5 Reflexões conclusivas. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica, enquanto fenómeno comum em tão dispares e longínquas partes do mundo, é tão forte que quase vira poesia. Nas palavras duras, mas reais de Arnaldur Indridason – historiador e escritor islandês, na sua obra *A Mulher de Verde* – a violência doméstica,

É um termo tão conveniente para o homicídio espiritual. Viver todos os dias [...] até que perdemos a vontade própria e pomo-nos à espera, na expectativa de que a próxima sova não seja tão má como a anterior. Toda a violência física, todo o sofrimento e todas as sovas, os ossos partidos, as feridas, as nódoas negras, os olhos negros, os lábios abertos, nada são quando comparados com o tormento mental. Um medo permanente que nunca desaparece.

Este cisco que parece crónico no olho de cada indivíduo, em qualquer parte do mundo, que não vê a violência doméstica como um problema de todos, eterniza este comportamento que impede o ser humano de conhecer a palavra respeito.

Enquanto tipo legal de crime, a violência doméstica é um fenómeno contemporâneo.

A consciência social da censurabilidade dos comportamentos que se traduzem em violência contra as mulheres, em especial no seio da família, é muito recente. Não podemos ignorar que na Europa

existia uma regra não escrita determinando que assistia ao marido o direito de punir a mulher com uma vergaste de espessura que não poderia ser superior à do seu dedo polegar – daí ser conhecida como “a regra do dedo do polegar”.

Em Portugal, no Código Civil de 1867, no art.º 1185.º impunha-se o dever de obediência das mulheres ao seu marido. Só no Código Penal (de agora em diante, CP) de 1982 surgiu, pela primeira vez, o crime de Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges (art.º 153.º do CP, punível com pena de prisão de seis meses a três anos, e multa até cem dias).

O preenchimento dependia não só do ato de infligir maus-tratos físicos, de um tratamento cruel, ou da ausência de cuidados ou de assistência (deveres decorrentes da função que lhe impunham), mas também havia a necessidade do preenchimento material da conduta, onde esta, necessariamente, tinha de se fundar em malvadez ou egoísmo³ – isto é, a verificação de um dolo específico que deixou de vigorar na Reforma de 1995⁴. Nesta Reforma, para além do

³ Doutrinalmente entendia-se que as referências a estas expressões demonstravam o receio do legislador “intervir penalmente em domínios que, tradicionalmente, pareciam querer prolongar um poder quase absoluto do marido, do pai, do educador e do empregador” (CARVALHO, 2012, p. 507).

⁴ DL n.º 48/95, de 15 de março. Previsto no artigo n.º 152.º, sob a epígrafe “Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge:

1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou como subordinado por relação de trabalho, pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica e:

- a) lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente;
- b) a empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
- c) a sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 144.º

2 - Aa mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa.

3 - Se dos factos previstos nos números anteriores resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

aumento da moldura penal (entre um e cinco anos de pena de prisão) e de o alargamento às pessoas equiparadas aos cônjuges a qualidade de sujeitos passivos do crime, o legislador passou a prever os maus-tratos psíquicos (como humilhações, vexames e insultos). E, ainda, alterou a natureza do crime, exigindo a queixa para a prossecução do procedimento criminal. Outras alterações legislativas foram realizadas⁵.

Todavia, um marco importante no tema sobre o qual nos debruçamos dá-se em 2007⁶ quando o legislador decidiu que o antigo tipo legal de maus-tratos mencionado *supra* daria lugar a três tipos legais distintos, a saber: violência doméstica (art.º 152.º)⁷, maus-tratos

⁵ Designadamente, Lei nº 65/98, de 2 de setembro e Lei nº 7/2000, de 27 de maio. Nesta última não podemos deixar de mencionar que o procedimento criminal voltou a não depender de queixa, tornando-se um crime público.

⁶ Com a entrada em vigor da Lei nº 59/2007, de 4 de setembro.

⁷ Previa a letra da lei, no artigo nº 152.º Violência doméstica:

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

a) ao cônjuge ou ex-cônjuge;

b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;

c) a progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou

d) a pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima pode incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta

(art.º 152.º-A) e a violação de regras de segurança (art.º 152.º-B). Esta divisão de tipos legais de crime veio terminar com divergências doutrinárias (*vd.* SILVA, 2011, p. 304) e jurisprudenciais sobre a necessidade (ou não) de reiteração dos atos – estando explanado na letra da lei “de modo reiterado ou não”. Acrescentando, ainda, ao elenco de possíveis vítimas as pessoas do mesmo sexo que vivem em relações análogas às dos cônjuges e aquelas particularmente indefesas em razão: da idade, deficiência, doença, entre outras.

Com a Lei nº 19/13, de 21 de fevereiro, introduziram-se alterações na tipificação do crime em análise, no nº 1, al. b) contempla-se de forma explícita o namoro, e na al. d) introduziu-se o advérbio “nomeadamente” de forma a enumerar, com caráter abertamente exemplificativo, o conceito de pessoa particularmente indefesa, e na definição de penas acessórias – veja-se no nº 5 deste crime onde o legislador substitui o verbo “poder” pelo verbo “dever” na proibição de contacto com a vítima, impondo, assim, a fiscalização e afastamento obrigatório em relação a esta.

Em 2014, mais precisamente a primeiro de agosto, entrou em vigor a Convenção de Istambul (CI)⁸, que foi regularmente assinada e ratificada por Portugal. Esta Convenção representa um quadro jurídico abrangente que contempla padrões mínimos para a resposta de um Estado à violência contra mulheres, bem como para a sua prevenção. Tem como objetivo a edificação de países seguros para as mulheres e raparigas, designadamente através da prevenção da violência, da proteção das vítimas e da criminalização de agressores. Com o objetivo de examinar e auxiliar os Estados Partes no

gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.

⁸ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Istambul.

cumprimento do disposto na Convenção de Istambul, o GREVIO⁹ elabora e publica relatórios avaliando as medidas legislativas e de outra natureza adotadas por estes. No relatório onde avaliaram o caso português, datado de 2018, GREVIO, entre as muitas recomendações, não deixou de alertar para algumas falhas que no que diz respeito à violência doméstica. Nomeadamente, na definição de “vítima” e no conceito de “violência doméstica”. Resultando em duas alterações legislativas, a saber: Lei nº 44/2018, de 9 de agosto e Lei nº 57/2021, de 16 de agosto.

Na primeira, o legislador penal alterou o nº 2, do art.º 152.º abrangendo a prática do facto sobre menor ou na presença deste e, ainda, a criminalização no contexto da violência doméstica da difusão de dados pessoais da vítima relativos à intimidade da vida privada, sem o consentimento desta. Já no que à segunda alteração diz respeito, e seguindo as recomendações que davam conta da falta do elemento “violência económica” no conceito do tipo legal de crime que dissertamos, o legislador acrescentou no nº 1 do art.º em questão: “impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns”. No n.º 4, e fazendo-o em resposta a algumas críticas que veremos mais à frente, o legislador decidiu que, mesmo nos casos em que se aplique a regra de subsidiariedade, por um outro tipo legal de crime ter uma moldura penal mais gravosa, as penas acessórias no âmbito da violência doméstica não se afastam pela aplicação desta regra.

Assim, chegámos àquela que é a versão atual do crime de violência doméstica no ordenamento jurídico português:

Artigo 152.º Violência doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos

⁹ Grupo atualmente composto por dez peritos independentes, eleitos pelos Estados Partes, responsável pelo controlo da aplicação da Convenção de Istambul.

económicos e patrimoniais próprios ou comuns:

- a) ao cônjuge ou ex-cônjuge;
 - b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
 - c) a progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
 - d) a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;
 - e) a menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite;
- é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente:

- a) praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou
 - b) difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento;
- é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto no presente artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado por um período de 1 a 10 anos.

2 O QUE É VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

2.1 BEM JURÍDICO

A intervenção do Direito Penal, conforme o art.º 18.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), não é legítima como meio de imposição de determinados valores ou crenças intrínsecas à sociedade num dado momento histórico, mas sim um meio de tutela dos direitos e interesses individuais e sociais. Desta forma, é imperativo determinarmos quais direitos e interesses individuais e sociais são tutelados pelo art.º 152.º do CP, permitindo estabelecer o fundamento ético-jurídico desta incriminação e a sua integração na ordem jurídica constitucional.

Desde logo, importa atentarmos para a sua inserção sistemática: encontra-se no capítulo dos crimes contra a integridade física, no título relativo aos crimes contra as pessoas. Tal inclusão não cinge o bem jurídico à integridade física, não só pela interpretação literal da norma – que se reporta não só aos maus-tratos físicos, mas também aos maus-tratos psíquicos –, mas sobretudo porque estas são as duas faces em que se desdobra o direito à integridade pessoal – cuja inviolabilidade se encontra consagrada no art.º 25.º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. Ademais, este critério da inserção sistemática não é absoluto, apenas formal¹⁰.

A doutrina e jurisprudência portuguesa tem entendido¹¹, na sua maioria, que a incriminação dos maus-tratos conjugais se prende à proteção jurídico-penal da integridade física ou psíquica – a *saúde física e psíquica*¹², visando a salvaguarda da pessoa individual e da

¹⁰ Não sendo sempre semelhante os bens jurídicos dos crimes elencados num mesmo capítulo.

¹¹ É de ressaltar que há quem defenda a proteção do bem-estar pessoal, da honra, da liberdade pessoal, paz e tranquilidade familiar, entre outros.

¹² Não só é uma tese defendida pela maioria da jurisprudência e doutrina portuguesa, como também é defendida por autores espanhóis cujo entendimento se reconduz à ideia de que uma incriminação expressa de violência física e

sua dignidade humana. Estamos, portanto, na presença de um bem jurídico complexo que “pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento” (DIAS, 2012, p. 512).

O entendimento que reconduz a um ilícito comum a agressão da integridade física agravado pela especial qualidade da vítima, i.e., pela especial relação desta com o agressor não é de proceder.

Entendemos sim, apesar da diversidade das condutas poderem levar a uma incorreta identificação do bem jurídico tutelado, que o facto que unifica estas condutas traduz-se na inflição de ofensas da integridade e dignidade pessoal, com conseqüente impossibilidade do desenvolvimento da personalidade – direito fundamental consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Estamos perante um bem jurídico plural e complexo, “respeitando à defesa da integridade pessoal individual por referência à proteção da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.” (ALMEIDA, 2016, p. 198).

A identificação do bem jurídico protegido releva, também, para saber como e quando se consuma este crime. Assim, se entendermos que o bem jurídico tutelado é a saúde, à semelhança do que se vem defendido nos escritos e Tribunais portugueses, o tipo realiza-se quando é produzido um facto que a lese (i.e., quando é infligido um dano que viole esse bem), tornando a natureza do crime um crime de dano – sendo necessário fazer prova que a conduta do agente teve um resultado lesivo para a saúde da vítima, provocando um determinado mal. Já se entendermos que o bem jurídico é a integridade pessoal e o correlativo livre desenvolvimento da personalidade, a consumação do ilícito típico dá-se logo que exita um ato que a coloque em perigo, independentemente do dano efetivamente produzido.

psíquica, se sancionam duas modalidades de ataque a um mesmo bem jurídico, que é, no entendimento seguido, a saúde. *Vd.* FERREIRA, 2016, p. 176.

Ora, para além da consagração constitucional, a última tese encontra proteção na Convenção de Istambul (art.º 2.º, n.º 1).

2.2 CONDUTA TÍPICA

O que define um crime é a conduta típica do agente.

Como já vimos, a Convenção de Istambul foi impulsionadora nas alterações legislativas que alargaram o tipo legal da violência doméstica. Agora não falamos apenas de maus-tratos físicos e psíquicos, mas também de privações de liberdade, ofensas sexuais e os atos de impedir o acesso ou fruição dos recursos económicos e patrimoniais (próprios ou comuns) – abrangendo a esfera de compreensão do conceito de “violência doméstica” auferido na Convenção de Istambul, no seu art.º 3.º, al. b), “violência física, sexual, psicológica ou económica”.

Assim, para além da agressão física, mais ou menos violenta, utilizando-se ou não quaisquer instrumentos, existe a agressão sexual, que se pode traduzir na prática forçada, ou da sua ausência, de qualquer tipo de ato sexual, a agressão psicológica ou psíquica – que se pode traduzir em qualquer sorte de humilhações ou vexames, ou em coagir a vítima a praticar atos que vão contra as suas convicções religiosas, morais ou cívicas, ou ainda no impedimento do seu livre relacionamento com a sua família, amigas/os ou colegas – e a agressão económica, impedindo-se o livre acesso ou gestão de dinheiro ou do património (ALMEIDA, 2016, p. 201).

Não podemos ignorar a importância da afirmação de um poder sobre a vida, a liberdade, a segurança ou património da vítima. Pois, é através deste poder que podemos caracterizar e identificar o crime de violência doméstica, na medida em que se afere o estado de tensão e de medo vivido pela vítima.

Apesar de já ultrapassada, uma vez que o legislador já

esclareceu que a prática do ato pode ser de modo reiterado ou não, é irrelevante a ocorrência unitária ou plúrima de um ato que ofenda a integridade física ou psíquica para a tipificação da conduta, mas sim a verificação de uma ofensa à integridade pessoal da vítima incompatível com a dignidade humana.

2.3 SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS E A NATUREZA DO CRIME

Neste tipo legal de crime, a relação entre o agente e a vítima é relevante, uma vez que estamos perante um crime específico impróprio.

Só podem ser autores do crime:

- cônjuge ou ex-cônjuge da vítima;
- com quem a vítima mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, mesmo sem coabitação; progenitor de descendente comum em primeiro grau;
- coabitante da vítima, sendo esta uma pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica.

O constrangimento da vítima pode levar a que esta não manifeste a sua oposição à ofensa que lhe é infringida, muitas vezes devido a uma grande fragilidade emocional que advém do poder que o agente detém sobre a vítima. A ausência de resistência, que é comum entre as vítimas de violência doméstica, mais não é do que um método para a sobrevivência. Note-se que vítima não é apenas a pessoa a quem foi infligida a ofensa, provocando um dano patrimonial ou não patrimonial, mas também aquelas que sofrem com a ação delituosa ou a sua ameaça, a título exemplificativo:

descendestes menores que coabitam com o agressor e a vítima “direta” do crime.

No que respeita à natureza do crime, estamos perante um tipo legal de crime público. Deste modo, não há obrigatoriedade de apresentação de queixa, bastando-se apenas que o Ministério Público tenha notícia do crime, através, por exemplo, de uma denúncia.

2.4 O DOLO

O crime de violência doméstica só pode ser cometido de forma dolosa, constituindo o elemento subjetivo deste tipo criminal nas suas vertentes intelectual e volitiva.

Por um lado, a vertente intelectual do dolo consiste no conhecimento dos elementos objetivos, i.e., no conhecimento por parte do agente da relação que o une à vítima e no conhecimento que a sua conduta é ilícita, ofendendo a integridade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade da vítima.

Por outro lado, a vertente volitiva do dolo traduz-se no querer a conduta típica. Na redação atual, o elemento subjetivo basta-se com o dolo genérico, quer inicial – o agente deliberadamente dá início à conduta e arrepende-se no decurso do ato, sendo autor do crime a título de dolo inicial – ou subsequente – o agente inicia a conduta sem intenção de praticar o crime, e essa intenção apenas ocorre num momento posterior.

Cumprindo a regra prevista no art.º 13.º do Código Penal, a violência doméstica assume única e exclusivamente a necessidade de dolo para a consumação do tipo legal de crime, como aliás acabámos de referir. Contudo, não podemos deixar de mencionar a pertinência de refletirmos, em sede própria, sobre a importância de o legislador contemplar a negligência do crime de violência doméstica, nomeadamente quando a vítima é particularmente indefesa em razão

da idade. Se tomarmos como exemplo os progenitores que deixam o filho pequeno em casa, por longos períodos de tempo. Não será razoável exigir que eles tenham presente o elemento volitivo do dolo – a prova de uma intenção do cometimento do crime de violência doméstica nesta situação poderá levar a uma não incriminação atendendo à letra da lei, uma vez que estes podem nem sequer representar o perigo que advém da sua conduta para a criança. O que nos leva a afirmar a importância de uma reflexão desta temática. Por não ser o objeto deste estudo, não aprofundaremos esta temática que, por si só, ocuparia um texto autónomo.

2.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

2.5.1 PENA PRINCIPAL

O crime de violência doméstica é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Esta moldura penal pode ser agravada em função de determinadas circunstâncias de modo e lugar da sua prática, ou em função do resultado produzido pela sua conduta criminosa.

O n.º 2 do art.º 152.º prevê os casos em que a vítima seja menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio desta, ou ainda se difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento, a punição é de dois a cinco anos de pena de prisão.

Isto significa que quando o arguido é condenado pelo crime de violência doméstica, previsto no n.º 1 ou n.º 2 do tipo legal de crime em causa, e não apresente antecedentes criminais, ou pelo menos, em relação à prática de crimes contra as pessoas há a tendência de os Tribunais portugueses optarem pela suspensão da execução da

pena¹³ – desde que verificados os pressupostos que desta dependem: a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias em que este foi praticado permitam concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam adequadamente as finalidades da punição. Ainda poderá ser possível, dependendo da medida da pena aplicada, recorrer a penas de substituição – a substituição por multa ou a possibilidade de permanência na habitação. Ora, quer a suspensão da pena de prisão, quer a aplicação de penas de substituição, têm demonstrado ser manifestamente insuficientes e inadequadas para salvaguardar as finalidades da punição.

No n.º 3, prevê que se dos factos contidos no n.º 1 resultar, al. a) ofensa à integridade física grave, a pena vai de dois a oito anos de prisão, ou al. b) a morte, a pena de prisão é de três a dez anos.

Como já referimos, o legislador português tem a obrigação de respeitar e conformar a ordem jurídica portuguesa com o estipulado na Convenção de Istambul. Ora, no art.º 46.º da Convenção de Istambul estabelece um mais amplo e alargado conjunto de circunstâncias modificativas agravantes. Apesar de o legislador ter feito alterações recentes no crime de violência doméstica, não integrou na sua totalidade o disposto neste art.º da Convenção de Istambul. Assim, continuam por se prever um agravamento da pena em diversas circunstâncias, nomeadamente, quando a infração é repetidamente praticada (al. b), quando a conduta é praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente (al. e) e quando é precedida ou acompanhada de uma violência de extrema gravidade (al. f).

¹³ Conforme nos mostra o estudo publicado, (QUINTAS; SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 80) – cujo objeto é estudar as decisões judiciais relativas a crimes de violência doméstica e crimes sexuais, ambos cometidos contra adultos – ficou demonstrado que “nas duas primeiras instâncias, as sanções aplicadas mais frequentes são as penas de prisão, suspensas na sua execução”.

2.5.2 AS PENAS ACESSÓRIAS

Como penas acessórias, o art.º 152.º, n.º 4, dispõe da proibição de contacto com a vítima – que inclui o afastamento da residência ou do local de trabalho desta, sendo o seu cumprimento fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância (n.º 5) – e proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

O n.º 6 prevê a pena acessória da inibição das responsabilidades parentais, dispondo que quem for condenado “pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado por um período de 1 a 10 anos”.

Apesar de se acreditar que no caso da violência doméstica as penas acessórias tenham uma importância maior do que em outros ilícitos típicos, nas palavras de Maria Elisabete Ferreira,

em bom rigor, contrariando todas as teorias, no âmbito da violência doméstica a ressocialização do progenitor não procede do cumprimento da pena principal, mas poderá obter-se à custa do sucesso na aplicação desta pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos para a prevenção da violência doméstica (FERREIRA, 2018, p. 7).

Num estudo sobre as decisões judiciais relativas a crimes de violência doméstica, as penas acessórias foram decretadas em menos de metade das decisões (*vd.* SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 111). Pese embora, não nos pareça que a obrigação de mera frequência de tais programas tenha o efeito desejado, concordamos que os programas para a prevenção da violência doméstica possam trazer benefícios para a prevenção especial. Já no que respeita aos meios

técnicos de controlo à distância, afigura-se imprescindível para a proteção da vítima, dado que é através destes meios que, em caso de incumprimento da medida de afastamento, a vítima pode ser protegida pelos órgãos de polícia criminal.

A pena acessória de inibição das responsabilidades parentais, apesar de levantar questões sobre a sua constitucionalidade e de compatibilização com o regime civil¹⁴, serve para proteger os menores de progenitores que são agressores.

Estas penas, por serem acessórias, não são de aplicação automática. Assim, não funcionam *ope legis*, mas *ope judicis*, pelo que, para serem decretadas têm de ser alegados e provados factos que sustentem um juízo da necessidade da sua aplicação. Tratando-se deste tipo de penas, o seu prazo de execução não começa a contar enquanto o condenado estiver em cumprimento de uma pena privativa de liberdade, sob pena de se tornar inútil o seu decretamento. Pois, durante esse período de privação de liberdade não se verifica o juízo de perigosidade que está por base da condenação da pena acessória.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA QUESTÃO DE GÉNERO

“A taxa de condenação é significativamente superior quando a vítima é mulher que do que quando é homem, ainda que se deva advertir que **a diferença de proporções se sustenta num reduzido número de vítimas do sexo masculino** (apenas nove)” (QUINTAS;

¹⁴ Em suma, há um regime estritamente civil, no Código Civil Português art.º 1916.º, que permite o levantamento da inibição quando deixe de subsistir a situação que levou ao decretamento desta. Quando o Tribunal Penal aplica uma pena acessória de inibição das responsabilidades parentais, esta não pode ser levantada mesmo que as causas que levaram à condenação cessem. Após decorrido o tempo decretado para a inibição é que esta cessa. Assim, e estando em causa uma situação em que a causa da condenação deixe de existir, podemos questionar a constitucionalidade desta norma. Note-se que poderá estar em causa uma violação do direito dos pais à educação dos filhos e o princípio da inseparabilidade dos pais dos filhos, de acordo com o art.º 36.º, n.ºs 5 e 6 da Constituição da República Portuguesa (CRP.)

SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 113). Esta citação foi extraída de um estudo recente sobre as decisões judiciais relativas ao crime de violência doméstica, e vem, mais uma vez, demonstrar que o número de vítimas mulheres é muito maior do que o número de vítimas homens, tendo o Relatório Anual de Segurança Interna, relativo ao ano 2020, dado conta que as vítimas mulheres assumem 75% das vítimas das participações ocorridas.

Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente; Reconhecendo que a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens.

Este excerto do Preâmbulo da Convenção de Istambul, a igualdade entre homens e mulheres é o elemento-chave para a prevenção da violência contra as mulheres. A partir desta conceção, conseguimos fazer uma boa interpretação da Convenção que terá, necessariamente, influência no ordenamento jurídico português.

O conceito de “género” tem sido alterado ao longo do tempo no âmbito das ciências sociais, reportando-se à construção de uma identidade pessoal em função dos atributos e papéis socialmente conferidos aos homens e às mulheres, e às relações sociais que daí advêm. Estando o cerne deste conceito nas relações sociais, é através desta que se tem distribuído poderes diferentes, construindo uma hierarquização na qual as mulheres estão num papel de subordinação. Assim, a violência de género resulta das relações sociais de subalternização e hierarquização social das mulheres. Tratando-se de um problema estrutural que está ancorado na desigualdade, uma vez

que não há um estatuto de igualdade entre todos os seres humanos. Desta forma, estamos perante uma manifestação de discriminação que obsta ao gozo e exercício dos direitos individuais e sociais, i.e., uma violação dos Direitos Humanos.

No Direito interno, e estando obrigado a cumprir o que dispõe a Convenção, a Constituição da República Portuguesa acolhe o enfoque de todas as questões abordadas por aquela ao prever, no art.º 9.º, al. e) da Constituição, que é tarefa essencial do Estado promover a igualdade entre homens e mulheres. Deste modo, o legislador português ao olhar para as questões da Convenção de Istambul terá de o fazer em função de uma perspectiva de género, ou seja, na promoção da igualdade entre homens e mulheres.

3.1 ITER CRIMINIS

O crime de violência doméstica pode consumir-se com apenas um só ato, como pode ser prolongado no tempo a sua execução.

Pese embora não assuma uma relevância jurídica, há vários estudos na área de Psicologia que apontam o modo como habitualmente se desenvolve aquele que se designa por “ciclo da violência doméstica” – sendo este composto por três fases.

A primeira fase é a acumulação de tensão. Os pequenos conflitos do dia-a-dia vão se transformando em situações de grande tensão emocional, e vão começando a haver episódios de agressão verbal e até ameaças à integridade física. A segunda fase é a “explosão”, quando se verificam os acontecimentos mais intensos da conduta criminosa. E, por último, a terceira fase. A “lua de mel”, como mormente designada, quando o agressor se mostra arrependido e promete não voltar a repetir aqueles comportamentos agressivos. É imediatamente após esta fase que se volta a acumular a tensão, iniciando-se de novo este ciclo.

O período de tempo que cada fase tem varia conforme a relação em causa, o tipo de agressor, entre outros fatores. Por norma, a primeira fase é a que se prolonga mais no tempo, mas à medida que o ciclo de violência se vai repetindo há uma tendência para haver uma diminuição de hiato temporal entre as diversas fases.

A prática da conduta criminosa não se consuma no final do ciclo, nem há a necessidade do cumprimento das três fases para podermos afirmar a prática criminosa. Aliás, a prática de um só ato pode bastar para o preenchimento do ilícito típico. Quer esteja em causa um ato – *e.g.* um murro –, quer vários – *e.g.* insultos e espancamento –, consubstanciam uma ofensa à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade.

4 E QUANDO AS VÍTIMAS SÃO ASSASSINADAS?

A autonomização do crime de violência doméstica, apesar de ter sido motivada pela proteção das vítimas, levantou algumas questões nomeadamente pelo seu caráter subsidiário. Pois, este tipo legal assume uma relação de concurso aparente – subsidiariamente expressa – com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual, entre outros, que sejam puníveis com penas superiores a cinco anos de prisão. Desta forma, poderíamos questionar do ponto de vista do conteúdo do ilícito-típico e do tratamento penal material da violência doméstica se esta teria sido uma alteração substancial – a autonomização do crime.

Aliás, antes da última alteração, se o crime de violência doméstica fosse afastado nos casos mais graves, *i.e.*, por obediência à regra de subsidiariedade quando a medida da pena é maior, acabaria por nos casos em que seria mais imperioso o funcionamento de um conjunto de medidas penais, processuais penais e extrapenais destinadas a proteger a vítima, o afastamento pela não aplicação

do tipo legal em causa – *e.g.* a não aplicação das penas acessórias contidas no n.º 4 a 6, do art.º 152.º. Esta foi a grande crítica aquando da autonomização do crime de violência doméstica. Crítica essa que acabou por ser sanada pelo legislador que, vendo a impossibilidade de lançar mão das penas acessórias e outras medidas que tanta importância assumem neste tipo legal de crime, adicionou no n.º 4, do art.º 152.º: “incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias [...]”.

Assim, mesmo que por aplicação da regra de subsidiariedade expressa se afaste da moldura penal do crime de violência doméstica, as penas acessórias poderão ser decretadas – dando assim um sentido jurídico-material a este ilícito típico. Se nos lembrarmos do crime de homicídio da forma tentada seria no mínimo desprovido de sentido o facto de o Tribunal não aplicar uma medida de afastamento. Se estamos no âmbito de uma realidade de violência doméstica, as penas acessórias são essenciais.

Acreditamos que, a par da última alteração, a mudança mais substancial se encontra implementada no crime de homicídio qualificado do art.º 132.º, n.º 2, al. b) – [...] praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau –, adotando um regime de tutela reforçada no que ao crime de violência doméstica diz respeito.

Já não se trata de um concurso aparente, mas sim de um concurso efetivo entre o crime de violência doméstica (art.º 152.º, n.º 1 e 2) e o crime de homicídio qualificado (art.º 132.º, n.º 2, al. b).

Sendo distintos os atos que materializam o crime de homicídio, na forma consumada, dos atos que integram a prática do crime

de violência doméstica, perpetrados pelo arguido contra a vítima, descortinando-se diferentes sentidos de ilicitude, com pluralidade de bens jurídicos violados e pluralidade de resoluções criminosas, há concurso efetivo entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio¹⁵.

Deste modo, estando em causa resoluções criminosas diversas e violações de bens jurídicos distintos, não há qualquer impedimento legal ou imperativo constitucional, nomeadamente do princípio *ne bis in idem* que fundamente o afastamento da circunstância qualificativa. Concorrem as penas dos crimes de violência doméstica (art.º 152.º), de um a cinco anos (n.º 1) ou de dois a cinco anos (n.º 2), e de homicídio qualificado (art.º 132.º, n.º 2, al. b) de doze a vinte e cinco anos de pena de prisão¹⁶.

Já não terá a mesma solução jurídico-penal a conduta agravada pelo resultado morte. Estamos perante situações em que não podemos afirmar o dolo do agente para matar a vítima, logo não concorrem o crime de violência doméstica com o crime de homicídio qualificado. Estamos perante um exemplo de crime preterintencional, em que o agente combina uma conduta dolosa quanto ao crime fundamental – i.e., violência doméstica – e uma conduta negligente quanto ao resultado agravante – aqui, a morte. Pelo que, se cumpre o previsto no n.º 3, al. b) do art.º 152.º, com a moldura penal de três a dez anos de pena de prisão.

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.04.2020, disponível em: <www.dgsi.pt>.

¹⁶ Há uma outra al. do n.º 2, do art.º 132.º, que causa alguma discussão na doutrina quando o agente mata por ciúmes. Segundo a al. e), é suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade qualquer motivo torpe ou fútil. Pese embora, não haja um consenso, se considerarmos que “fútil” é um motivo que não pode razoavelmente explicar ou justificar a conduta do agente, parecemos que os ciúmes se enquadram neste conceito. Com mais desenvolvimento nesta matéria, recomendamos a leitura: CUNHA, 2022.

5 REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Aqui chegados, podemos afirmar que a violência doméstica, um fenómeno contemporâneo e social, chama a si a justiça.

Sendo um tema vastíssimo, muito ficou por dizer neste artigo – lembramos a indemnização das vítimas, o papel das vítimas, quem são as verdadeiras vítimas, o processo penal, entre tantas outras questões –, contudo tentámos mencionar algumas questões que considerámos pertinentes.

A evolução da sociedade tem nos mostrado que a realidade social da violência doméstica é muito antiga. O teto de uma sociedade machista encobriu, e continua a encobrir, o que a violência doméstica é e continua a ser. Prova disso é o facto de ser uma realidade protegida pela ordem jurídica há muito pouco tempo. Apesar de os números da violência doméstica serem assustadores em Portugal, o legislador sempre se mostrou tardio em proteger as vítimas.

A verdadeira protecção das vítimas deve muito à Convenção de Istambul. Por Portugal estar obrigado a cumprir com as obrigações, o legislador foi alterando a letra da lei para que esta estivesse de acordo com o que a Convenção de Istambul impunha. Referimo-nos não só ao alargamento da própria esfera da violência doméstica – foi através desta que para além dos maus-tratos físicos, psíquicos, privação de liberdade e ofensas sexuais, passou a integrar a violência económica –, como em medidas protetivas das vítimas. No entanto, alertamos para falta de previsão de determinadas circunstâncias agravantes da pena, a saber: quando a infração é repetidamente praticada, quando a conduta é praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente e quando é precedida ou acompanhada de uma violência de extrema gravidade, art.º 46.º, als. b), e) e f), respetivamente, da Convenção de Istambul.

O bem jurídico em causa é, porventura, o mais complexo dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento português – este encerra

uma múltipla proteção da esfera individual humana. Apesar do crime de violência doméstica ser doloso, levantamos a questão sobre a pertinência de uma previsão de violência doméstica negligente, o que poderá fazer sentido quando a vítima é menor. Este é um tema que merece um estudo autónomo.

Pese embora, o crime de violência doméstica apresente uma regra de subsidiariedade expressa, o afastamento da moldura penal desta, por uma mais gravosa, não afasta a possibilidade de o Tribunal lançar mão das penas acessórias. Note-se que esta regra de subsidiariedade não se aplica quando está em causa um crime de homicídio, por estar em causa quer bem jurídicos diferentes, quer pelo facto de haver mais do que uma resolução criminosa. Não obstante, a possibilidade de haver uma conduta que seja agravada pelo resultado, estando previsto no n.º 6, do art.º 152.º, quando se trata de um crime de homicídio qualificado não se deverá aplicar a regra da subsidiariedade.

As penas acessórias, sendo um instituto que neste tipo de crime assume uma importância redobrada devido à alta taxa de continuação da atividade criminosa, não preveem uma sanção no próprio processo de violência doméstica. O incumprimento da pena acessória no qual o agressor foi condenado, resultará de em um novo processo, no qual se julgará esse incumprimento. Parece-nos mais eficiente, no caso de incumprimento, que a sua sanção fosse parte integrante do próprio processo de violência doméstica.

Por fim, queremos enfatizar a necessidade jurídica e social de analisarmos e discutirmos a violência doméstica como um problema de todos. A violência contra as mulheres deve ser um tema abordado desde criança com o objetivo de termos adultos que se respeitam.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. O crime de violência doméstica: o antes e o depois da Convenção de Istambul. In: CUNHA, M. Conceição (Coord.). **Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal**. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa. Comentário ao art.º 152.º. In: DIAS, Jorge Figueiredo (Dir.). **Comentário conimbricense do código penal: parte especial**, t. I, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

CUNHA, Mariana Sousa e. “Amores” que matam: considerações jurídico-penais sobre os homicídios “passionais”. In: **Yearbook: Mestrado da Faculdade de Direito - Escola do Porto/ Universidade Católica Portuguesa**, v. 4, 2021.

DIAS, Jorge Figueiredo (Dir.). **Comentário conimbricense do código penal: parte especial**, t. I, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

FERREIRA, Maria Elisabete. As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança. In: **Julgar online**, 2018.

FERREIRA, Maria Elisabete. **Violência parental e intervenção do estado: a questão à luz do direito português**. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

QUINTAS, Jorge; SOUSA, Pedro; GIRÃO, Carolina. **As respostas judiciais na criminalidade de género**. Coimbra: Almedina, 2021.

SILVA, Fernando. **Direito penal especial os crimes contra as pessoas**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

Recebido em: 23-6-2022
Aprovado em: 22-12-2022

6

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, FALSAS NOTICIAS Y DISCURSOS DE ODIOS: ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PERSECUCIÓN PENAL¹ y ²

Marcelo A. Riquert³

ABSTRACT

No 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

¹ **Como citar este artículo científico.** Riquert, Marcelo A. Inteligencia artificial, falsas noticias y discursos de odio: entre la libertad de expresión y la persecución penal. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 221-244, jan.-abr. 2023.

² 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.^a Dr.^a Ana Isabel Pérez Machío, ambos de la Universidad del País Vasco (UPV).

³ 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

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

SUMÁRIO. 1 Introducción. 2 Las “fake news”. 3 Los discursos de odio. 4 Referencia Normativa. 5 *Fake news*, discursos de odio y libertad de expresión. 6 IA al servicio de la detección/prevenición y de la reproducción/multiplicación. 7 Colofón. Bibliografía y material consultado.

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 Racial⁴, 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio⁵, 13 inc. 5 de la CADH⁶ y un sinnúmero de declaraciones, 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,

⁴ 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.

⁵ El citado artículo 3 indica que, entre otros, serán castigados los actos de instigación directa y pública a cometer genocidio (inc. c).

⁶ 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”.

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 delito⁷.

Maldonado Gutiérrez y Knapp Moreno resaltan que el plan de acción de Rabat no prohija 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”⁸, 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

⁷ 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.

⁸ 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.

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 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 necedad 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”⁹. 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,

⁹ 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”.

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 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 ODIO

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 política¹⁰.

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

¹⁰ 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/>>.

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 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 liando, 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 alguna¹¹.

¹¹ 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.

4 REFERENCIA NORMATIVA

Refiere Weidenslaufer, el “Brexit” y otros eventos electorales recientes provocaron una mirada de especial interés sobre la difusión de declaraciones 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 2020¹²) 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” 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 nacional¹³.

¹² 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).

¹³ Weidenslaufer (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.

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.

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 promociona 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 fijárseles 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 Europa¹⁴, 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

¹⁴ 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.

personas que se identifican como afroamericanas (DANESI, 2020, p. 78).

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 vigencia¹⁵.

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 corso 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

¹⁵ 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).

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.

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/convoenlaweb/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/Relatoría 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.

Recebido em: 22-12-2022

Aprovado em: 22-2-2023

THE SPLINTERNET¹

*Mark A. Lemley*²

SUMMARY. 1 Your parents' internet. 2 The splintering of the internet. 2.a Nationalizing software and regulation. 2.b National hardware networks. 2.c Nationalizing the network itself. 3 The internet is worth saving. 4 What can we do? 5 Conclusion. References.

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

¹ **Como citar este artigo científico.** LEMLEY, Mark A. The splinternet. In: *Revista Amagis Jurídica*, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 245-291, jan.-abr. 2023.

² 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

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 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.³

The internet, by contrast – what supplanted the information superhighway – started as a niche government-academic project

³ 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).

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 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 die⁴. And this is not even the first time I've said it (*see generally* LEMLEY; LEVINE; POST, 2011, p. 34)⁵. 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

⁴ *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.")

⁵ (stressing that in 2011 two congressional bills posed serious threats to the internet).

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 internet ecosystem are WeChat, Baidu, and Tencent.⁶ If you go to Russia, you'll find Yandex, not Google, as the dominant internet company.⁷

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).⁸ 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.⁹ And

⁶ 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>>.

⁷ 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>>.

⁸ For further discussion of EU regulations, see Satariano (2020); Bradford (2020, p. xii-xix and accompanying text of note 15).

⁹ Chen; Lee (2019, noting that "Vietnam and Thailand are among the Southeast

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.

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.¹⁰ 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.¹¹ So, I think the freedom of the U.S. internet, with its good and bad aspects, is and will remain the U.S. model.

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).

¹⁰ 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).

¹¹ See Mark A. Lemley, *The Contradictions of Platform Regulation* (forthcoming 2021) (on file with author).

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.¹² One way they accomplish that is through geoblocking¹³. 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.¹⁴ 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 the

¹² 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.

¹³ See generally Yu (2019, discussing "the copyright industries' increasing demands for the use of geoblocking").

¹⁴ 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).

United States because of concerns about U.S. surveillance.¹⁵ 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.¹⁶ 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

¹⁵ 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).

¹⁶ For a discussion of the European “right to be forgotten” and its abuse, see Keller (2018).

ensorship system.¹⁷

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 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,¹⁸ 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.¹⁹ 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).

¹⁷ 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.”).

¹⁸ 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).

¹⁹ For a discussion of internet shutdowns worldwide, see generally Gregorio; Stremlau (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.²⁰ 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.²¹ 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.²² But

²⁰ TikTok has been downloaded over two billion times. *See* Panday (2020).

²¹ 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).

²² 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.*

I also don't know that 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,²³ in part because of its less permissive attitude toward internet freedom.²⁴ 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

²³ 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).

²⁴ 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).

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.²⁵ 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).²⁶ 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 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

²⁵ California Consumer Privacy Act of 2018, Cal. Civ. Code §§ 1798.100–1798.199 (2018).

²⁶ (discussing geoblocking).

different people in different countries because their governments demand it.²⁷

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.²⁸

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.²⁹

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 Huawei and ZTE phone technology

²⁷ Facebook engages in geotargeting, for instance. *About Location Targeting, Business Help Center*, Facebook for Bus. Available at: <<https://www.facebook.com/business/help/202297959811696>>.

²⁸ 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>>.

²⁹ *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>>.

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.³⁰ 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.³¹ 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.”³² If we let anybody but

³⁰ Well, the civilian government drones, anyway. Friedman; McCabe (2020). Apparently, U.S. killer drones with Chinese parts are still OK.

³¹ *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).

³² *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.º 19-16122).

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.³³ 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 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

³³ 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.”).

in building chips to go in those phones,” other countries will do something similar in response.³⁴

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.³⁵ 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).³⁶

This incompatibility is something we used to have in the early days of cell phones – GSM versus CDMA technologies.³⁷ 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.

Some of this nationalism is justified by worries about foreign

³⁴ 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).

³⁵ 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.”).

³⁶ 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).

³⁷ GSM refers to “global system for mobile communications,” while CDMA refers to “code-division multiple access technology.”

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).³⁸

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

³⁸ For a discussion of these proposed "exceptional-access mandates," see Rozenshtein (2019).

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.

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.³⁹ 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.

³⁹ See *How Does DNS Filtering Work?*, WebTitan (Aug. 30, 2019). Available at: <<https://www.spamtitan.com/web-filtering/how-does-dns-filtering-work>>.

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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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).

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

⁴⁰ 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).

⁴¹ See Anderson (2012, discussing examples of government IP-related domain-name seizures). Full disclosure: I represented Rojadirecta in this case.

was first built here (*see generally* LEINER, 1997).⁴² 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.⁴³ 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”)

⁴² (summarizing the development of the early stages of the internet).

⁴³ For an older but detailed analysis, see generally Froomkin; Lemley (2003).

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 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).⁴⁴ 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,

⁴⁴ (arguing for harmonization wherever possible but acceptance of different regional rules governing internet behavior).

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; 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).⁴⁵ 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).⁴⁶

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).⁴⁷ 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.⁴⁸

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,

⁴⁵ (“Across the world, dissidents have used the web to circulate information, relying on offshore servers to avoid local repression.”).

⁴⁶ (“The end result of data localization is to bring information increasingly under the control of the local authorities [...]”).

⁴⁷ (discussing Google's decision to withdraw from China in 2010).

⁴⁸ 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 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.

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).⁴⁹

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

⁴⁹ (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).

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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.

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; PUTNIŃŠ, 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

⁵⁰ 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.

⁵¹ VPNs may have a harder time getting around a coming regime of hardware surveillance.

back in 1995.⁵² 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.⁵³ 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).⁵⁴ 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 things. So they are closing Applications Programming Interfaces ("APIs") and making it harder

⁵²See Levy (1994, discussing concerns about the effort to surveil communications online via the Clipper Chip); Matthews (2019, discussing the Clipper Chip).

⁵³Cf. 17 U.S.C. § 1201 (2018) (establishing liability for circumventing access restrictions on copyrighted works).

⁵⁴(noting that Amazon, Apple, and Google all offer exclusive access to products in their ecosystem to those who use their home speaker products).

for independent companies to write software that works with their ecosystems.⁵⁵

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,⁵⁶ 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.⁵⁷ Those laws threaten to prevent competitors from

⁵⁵ 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.").

⁵⁶ *See, e.g.*, DSC Commc'ns Corp. v. DGI Tech. Inc., 81 F.3d 597, 601 (5th Cir. 1996); Bateman v. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532, 1539 n.18 (11th Cir. 1996); Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 49 F.3d 807, 821 (1st Cir. 1995) (Boudin, J., concurring), *aff'd*, 516 U.S. 233 (1996); Sega Enter. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1527–28 (9th 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 (5th 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 (9th Cir. 1992), *amended by* 1993 U.S. App. LEXIS 78 (9th Cir. Jan. 6, 1993); Sony Comput. Ent., Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596, 599 (9th Cir. 2000).

⁵⁷ *See generally* Google v. Oracle, 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018) (adopting a

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.⁵⁸

Now, there are arguably good reasons why you want to prevent some sharing of data from incumbent platforms. One justification is privacy – people don't necessarily want the data they share with Facebook passed on to other companies without Facebook's consent.⁵⁹ 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.*⁶⁰ – 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

broad reading of copyright to prevent interoperability); *United States v. Van Buren*, 940 F.3d 1192 (11th 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).

⁵⁸ See Lemley; McCreary (2021, manuscript at 60-62); Kadri (2021, manuscript at 34).

⁵⁹ For a sophisticated discussion of how to balance privacy and cybersecurity with data portability and interoperability, see Swire (2020).

⁶⁰ *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*, 844 F.3d 1058 (9th Cir. 2018).

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 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>.

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>.

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>>.

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/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: SNOPEs (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>>.

ROZENSHTEIN, 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/edriqramnumber10-16itu-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>.

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.com/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/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>>.

Recebido em: 17-10-2022

Aprovado em: 2-2-2023

A RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA EM DOCUMENTOS FOTOGRAFICOS¹

THE RELEVANCE OF GRAPHOTECHNICAL EXPERT EVIDENCE IN PHOTOGRAPHIC DOCUMENTS

Vitor Luís de Almeida²

Celina Ilda Ruas de Oliveira Cangussu³

RESUMO

A presente discussão se propõe a abordar a prova pericial grafotécnica no processo civil, tendo em consideração a Grafoscopia, no âmbito da Documentoscopia. Apresentar-se-á,

¹ **Como citar este artigo científico.** ALMEIDA, Vitor Luís de; CANGUSSU, Celina Ilda Ruas de Oliveira. A Relevância da prova pericial grafotécnica em documentos fotográficos. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 293-317, jan.-abr. 2023.

² Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros/UNIMONTES e da AFYA/Unifipmoc. 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 UNIMONTES.

³ Perita Judicial Grafotécnica/Documentoscópica/Datiloscópica. Graduada em Direito pela Faculdade Santo Agostinho – *campus* Montes Claros. Graduada em Ciências do 1.º Grau com Habilitação em Matemática do 2.º Grau. Professora aposentada do Estado de Minas Gerais.

primeiramente, a importância da prova documental no sistema do livre convencimento motivado; em seguida, identificar-se-ão as quatro leis que regem o grafismo, que se difundiram como métodos científicos da Grafoscopia. Por fim, discorrer-se-á sobre a viabilidade do exame grafoscópico nos processos de reproduções digitais e fotocópias de documentos escritos, por meio da aplicação do método de construção ou grafocinético, especificando elementos técnicos constitutivos do grafismo e critérios básicos para existência de uma assinatura considerada segura.

Palavras-chave: Prova Pericial. Documentos fotográficos. Documentoscopia. Grafoscopia.

ABSTRACT

This discussion proposes to address graphotechnical expert evidence in civil proceedings, taking into account graphoscopy, within the scope of documentoscopia. It will present, firstly, the importance of documentary proof in the system of motivated free conviction; then, the four laws that govern graphism, which were disseminated as scientific methods of graphoscopy, will be identified. Finally, the viability of the graphoscopic examination in the processes of digital reproductions and photocopies of written documents will be discussed, through the application of the construction or graphokinetic method, specifying technical elements constituting the graphism and basic criteria for the existence of a considered signature safe.

Keywords: Expert proof. Photographic documents. Documentoscopia. Grafoscopia.

Sumário: 1. Introdução. 2. A força probante dos documentos e a relevância da prova pericial. 3. As leis que regem o grafismo. 4. O exame grafotécnico em escritos fotográficos. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se constitui em uma tentativa de trazer ao leitor subsídios acerca da prova pericial, legalmente prevista no Processo Civil, haja vista o desenvolvimento atual da tecnologia entorno das relações sociais e negociais, o que torna necessário que o

campo pericial, de natureza técnica ou científica, seja cada dia mais inovado e difundido.

Na análise e avaliação dessa prova, as medidas preventivas de segurança que abordam a privacidade dos processos físicos e documentos em papel ou digitais, aproximam-se da verificação da autenticidade ou da determinação da autoria gráfica de um documento, ou seja, da ciência grafoscópica, área de estudo que se ocupa do exame dos grafismos, inerentes à escrita pessoal. A aproximação dessa Ciência junto à esfera jurídica criou um marco inovador que passou a ter relevância nas questões criminais e cíveis, especialmente na legitimação das provas verificadas no âmbito jurídico, assim como às prevenções contra fraudes.

Nesse diapasão, o tema tratado se apegua à Grafoscopia, no âmbito da Documentoscopia, estando delimitado ao reconhecimento da autoria e/ou autenticidade nos escritos questionados, sejam originais ou reproduções fotográficas.

2 A FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS E A RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL

No que se refere ao conceito de “prova”, é possível explicitar consideráveis definições. Silva (1990a, p. 491), define etimologicamente o termo “prova” a partir do latim *proba*, de *probare*, que significa, pois, que a prova pode demonstrar, reconhecer ou formar juízo, através de meios legais, a sua veracidade, como a existência de um negócio jurídico. Segundo o autor, “a força da prova objetiva ou da prova material produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando efeitos pretendidos”. Com efeito, sinaliza-se que o Código de Processo Civil sistematiza os meios de prova mais satisfatórios, para que as partes possam esclarecer os pontos controversos, nos termos de seu artigo 357, inciso II.

O art. 369 do Código de Processo Civil dispõe que as partes

têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos no intuito de demonstrar a verdade de suas alegações. Lecionando sobre o tema, Dinamarco (2001, p. 1.038-1.039) assinala que o “juiz só exerce legitimamente o poder de decidir segundo sua própria convicção quando ele o faz depois de produzidos todos os meios probatórios regularmente requeridos pelas partes”. Corroborando essa ideia, pode-se afirmar que a busca da verdade é um dos elementos essenciais à legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo. Sucede, pois, que a prova é o principal elemento pelo qual se demonstra a verdade, influenciando na formação da convicção do julgador.

O Código de Processo Civil de 2015 ressalta a prova documental, cada vez mais presente nas relações jurídicas. Assim, o documento vigora como a própria essência dos negócios jurídicos, quando não provado de outras maneiras, sendo, por vezes, essencial à prova de um ato, especialmente os de natureza pública, conforme disposição do art. 406, do mencionado diploma legal. Ao analisar a questão, Neves (2020, p. 771) destaca a força probante dos documentos públicos, em razão da fé pública, com uma presunção de veracidade quanto à sua formação e fatos formais ocorridos na presença de oficial público.

Dentro da mesma óptica, o art. 408 do Código de Processo Civil de 2015 esclarece sobre os documentos particulares, dispondo que “as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. Para Gonçalves (2019, p. 530), a força probante dos documentos particulares é relativa quanto à presunção de veracidade em relação ao signatário, sendo necessário ao interessado arcar com o ônus da prova, “pois cede se o subscritor comprovar, por exemplo, que não o assinou livremente”.

Registre-se as considerações feitas por CONCEIÇÃO (2016, p. 246-247), no sentido de que “as modificações mais relevantes do NCPC tratam da recepção expressa dos meios eletrônicos e

multimídia de documentação”. A autora destaca ainda a legislação específica que trata dos processos eletrônicos, regulados pela Lei nº. 11.419/2006, abordando inclusive o reconhecimento de autenticidade dos documentos eletrônicos, através do uso de certificado digital, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº. 12.682/2012. Por fim, vaticina que “o Legislador agiu bem ao remeter essa matéria para a legislação específica, pois a constante evolução na área da tecnologia de informações não se compatibiliza com a legislação codificada”.

Sobre a produção da prova pericial, é de se esperar que “não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova contra quem não participou da sua produção”, conforme afirma DIDIER JR. (2018, p. 52). Torna-se claro, portanto, que no itinerário do processo podem despontar-se fatos controvertidos, que requerem maiores conhecimentos especializados de diferentes áreas, ainda que o juiz os detenha. Dessa forma e sob tal complexidade que envolvem questões técnicas, necessária se torna a realização da prova pericial e a consequente nomeação, pelo juiz, de um perito especializado no objeto da perícia.

O perito judicial é o profissional que detém conhecimento técnico-científico para apuração dos tais fatos controversos. Para atingir tal objetivo, Gonçalves (2019, p. 535) esclarece que “é necessário que as partes tenham oportunidade de participar da produção da prova, formulando ao perito suas questões e as dúvidas pertinentes ao caso.”. Ainda no que tange à prova pericial, TARUFFO (2008, p. 90) destaca que “o julgador pode não ter o conhecimento científico ou técnico que se requer para estabelecer e avaliar alguns direitos em litígio”⁴, razão pela qual é auxiliado por profissional de área específica, que detenha o conhecimento técnico para auxiliá-lo na formação de seu convencimento, com fins a decidir o caso conflitante.

⁴ Tradução livre. No original: “il giudice protrebbe non possedere le conoscenze scientifiche o tecniche necessarie per accertare e valutare alcuni diritti in contestazione”. Ob. cit., p. 90.

No âmbito da prova pericial, enfoca-se o estudo técnico da perícia grafotécnica em documentos gráficos, utilizada em Juízo como meio de prova. Dessa forma, é atribuído ao perito nomeado estudar as provas e fatos apresentados pelas partes, além de realizar as diligências periciais e responder aos quesitos formulados pelo juiz e pelos envolvidos no processo, por meio da apresentação do laudo pericial.

3 AS LEIS QUE REGEM O GRAFISMO

A perícia Grafoscópica tem por finalidade comprovar ou negar a falsidade de assinaturas e, conseqüentemente, contribuir para a formação do convencimento judicial. A constante modernização dos registros informacionais de documentos, bem como a difusão de novas tecnologias relacionadas à autenticação de dados, fazem do tema desta análise um assunto desafiador, visto à expansão do contexto de segurança informacional no qual a sociedade está inserida.

Ressalta-se que “no passado, os exames em documentos foram procedidos por métodos empíricos, sem qualquer fundamento científico, o que provocou erros judiciários memoráveis” (GOMIDE, 2016, p. 16-17). Dessa forma, as perícias gráficas, assim chamadas, eram fundamentadas em métodos inaceitáveis, sem qualquer base científica, e percorreram séculos até a fase atual de incidência da Documentoscopia. Completa o citado autor que “no Brasil, a Grafoscopia surgiu em São Paulo, com a criação da Delegacia de Técnica Policial [...], em 1925”.

Nesse contexto, é relevante apresentar o entendimento de Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 44), que conceituam a Documentoscopia como “[...] conjunto de conhecimentos técnicos metodicamente aplicados à solução de problemas específicos, constitui disciplina moderna. Surgiu nos dias atuais, existindo, ainda, países em que ela não é exercida cientificamente.”.

O termo Documentoscopia abrange outras formas de exames periciais. Com efeito, “a Documentoscopia não alcançou apenas o falsificador, [...] preocupa-se em prevenir, e não somente com a apuração” (DEL PICCHIA FILHO; DEL PICCHIA; DEL PICCHIA, 2016, p. 69). Afinal, esse conhecimento dificultará ou mesmo impedirá o sucesso das eventuais fraudes.

Ainda tratando sobre o tema, Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 43) denominam que a “Grafoscopia é disciplina que constitui parte da ‘Documentoscopia’, com o objetivo de verificar a autenticidade ou a autoria dos grafismos”. Com efeito, a utilização do método científico grafoscópico ou método grafocinético rege-se por normas científicas. Tal método se baseia no “princípio fundamental do individualismo gráfico”, o que fundamenta a disciplina da Grafoscopia. Em outras palavras, tal princípio ressalta que a escrita é individual e inconfundível, e suas leis independem do alfabeto utilizado para a sua produção, o que torna a prova pericial de documentos cientificamente relevante.

Sobre este princípio, Gomide (2016, p. 35) argumenta que a gesticulação que produz a escrita “origina-se do cérebro e se manifesta através dos órgãos musculares, redundando em sinais sensivelmente individualizadores, personalíssimos e inconfundíveis”. Isso significa que ninguém é capaz de imitar, ao mesmo tempo, os hábitos individuais característicos de outra pessoa. Assim, o grafismo é algo individual, inconfundível e, portanto, incomparável, que se adquire desde a infância, fazendo parte da personalidade humana.

Também por esse ângulo, Feuerharmel (2017, p. 1-5) ensina que “as ações executadas durante a escrita são complexas, [...] seu aprendizado exige um longo tempo de treinamento, seja em crianças, seja em pessoas adultas”, acrescentando ser o que acontece com as pessoas alfabetizadas ou “parcialmente alfabetizadas”. Em conclusão, afirma que o grafismo “segue um padrão de comportamento desenvolvido no passado e que é repetido numerosas vezes, até se tornar um *hábito*”, o que confirma o argumento de ser

ele incomparável.

Corroborando essa ideia, Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 126) reafirmam que o princípio fundamental da Grafoscopia está presente nos trabalhos periciais. Os autores fazem referências relevantes quanto às quatro leis que regem os grafismos e do “Postulado geral de Pellat”, elaborado pelo estudioso e tratadista francês Edmond Solange Pellat (1875-1931), em seu livro “*Les Lois de L’écriture*” (Leis da Escrita). Tal obra estabelece as leis naturais da escrita, assim denominadas “Leis Pellat”, que evidenciam a Grafoscopia como Ciência de incontestável valor e consequente aceitação generalizada por meio de seu método científico.

A respeito do “Postulado geral de Pellat”, assim enunciado – “as leis da escrita independem dos alfabetos utilizados” – e considerando-se os numerosos alfabetos existentes, aduzem Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 44 e 129, *passim*) que:

Os alfabetos são criações do espírito humano. Alguns oferecem mais facilidade de individualização do que outros. Em todos, porém, ela existe, aplicando-se-lhes as leis que regem o grafismo. Por conseguinte, não importa o alfabeto utilizado pelo homem para que se possa reconhecer e individualizar sua escrita.

Verifica-se, portanto, que as leis da escrita se aplicam nas análises periciais nos numerosos alfabetos, como consequência natural da incidência do princípio fundamental do individualismo gráfico.

3.1 LEIS DE SOLANGE PELLAT

A discussão que ora se aborda diz respeito às Leis que regem o grafismo. Nesse ínterim, Gomide (2016, p. 35-38) destaca que “Solange Pellat [...] formulou quatro leis essenciais, de natureza

prática, que deram à Grafoscopia um respaldo científico de incontestável valor, pela sua extraordinária objetividade.” Há de se observar, portanto, as seguintes Leis de Solange Pellat, conforme menciona o autor: “1.^a Lei da escrita: O gesto gráfico está sob a influência imediata do cérebro. Sua forma não é modificada pelo órgão escritor se este funciona normalmente e se encontra suficientemente adaptado à sua função.”.

Sobre a clareza do enunciado da 1.^a lei, Gomide (2016, p. 36-37) leciona que “o cérebro é o gerador do gesto gráfico”, e ainda destaca a condição dos músculos para a realização dos manuscritos, “desde que o mecanismo muscular esteja convenientemente adaptado à sua função, ele produzirá escrita sempre com as mesmíssimas peculiaridades.”. Esse aspecto também foi observado no estudo de Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 133), que esclarecem que “é o nosso cérebro, isto é, a nossa formação psíquica superior, aquela a presidir a produção da escrita”. Conforme menção dos autores, fica claro que os manuscritos são traduzidos e gerados pelo pensamento.

Nesse ínterim, Feuerharmel (2017, p. 4) indica que o traçado da escrita “é resultado de uma sequência complexa de contrações e relaxamentos musculares.” Assim, a 1.^a lei encerra que o cérebro é quem comanda a ação, que se manifesta através dos músculos.

2.^a Lei da escrita: Quando se escreve, o “eu” está em ação, mas o sentimento quase inconsciente de que o “eu” age passa por alternativas contínuas de intensidade e de enfraquecimento. Ele está no seu máximo de intensidade onde existe um esforço a fazer, isto é, nos inícios, e no seu mínimo de intensidade onde o movimento escritural é secundado pelo impulso adquirido, isto é, nas extremidades.

Quanto à 2.^a lei do grafismo, essa é conhecida como a lei que regula o automatismo dos gestos gráficos, o que significa que,

na medida em que a escrita se desenvolve, “o escritor aproxima-se de sua escrita habitual, deixando elementos que poderão incriminá-lo” (GOMIDE, 2016, p. 36-37). Dessa forma, essa é a lei que está presente nos casos concretos de anonimografia, ou seja, “em textos dissimulados como aqueles dispostos em cartas anônimas ou documentos forjados”, consoante completam Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 134). Em conformidade com os dizeres da lei em destaque, Harralson e Miller (2018, p. 77) dizem da máxima de que “uma simulação da escrita de outra pessoa se assemelha a ela até certo ponto, dependendo da habilidade do simulador”. Percebe-se que as colocações confirmam o que dispõem a 2.^a lei, sendo a escrita um ato consciente, de início, mas que, posteriormente, é dominado pelos movimentos que se sucedem, de forma involuntária.

3.^a Lei da escrita: Não se pode modificar voluntariamente em um dado momento sua escrita natural senão introduzindo no seu traçado a própria marca do esforço que foi feito para obter a modificação.

Referindo-se à 3.^a lei da escrita, argumenta-se que ela se aplica aos casos de imitações e autofalsificações, nos quais “em qualquer deles o simulador se trairá, através de paradas súbitas, desvios, quebra de direção ou interrupções” (GOMIDE, 2016, p. 37). Quanto aos disfarces presentes nas autofalsificações, Harralson e Miller (2018, p. 77) entendem que “o disfarce é a consequência de qualquer esforço deliberado para alterar os elementos discriminatórios de sua própria escrita”. Por isso, “a tentativa de disfarce produz uma qualidade inferior da escrita”, conforme complementam os autores (idem, ibidem). Esses são apontamentos importantes para a interpretação das análises periciais no campo das falsificações, visto que “é a lei que preside os disfarces e as imitações lentas [...] seu esforço ficará marcado através de um sinal ou característico qualquer; parada, indecisão, desvios, etc.”, o que já fora reafirmado por Del Picchia

Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 135).

Nesse sentido, Feuerharmel (2017, p. 6) faz um paralelo entre as ações da escrita e argumenta que, as ações inconscientes se relacionam “com o formato e o estilo, seguindo modelos aprendidos no passado e que se enraizaram profundamente na memória, [...] tornando-se *hábitos*”; enquanto que as ações conscientes, “estão relacionadas com o conteúdo da escrita”. Na mesma linha, Harralson e Miller (2018, p. 77) salientam que “é uma tarefa maior duplicar os hábitos de escrita de outra pessoa”. Percebe-se que é de igual forma a ênfase dada pelos autores da mencionada lei, porque comprova-se que no processo “copiativo” sempre haverá dificuldade em manter a espontaneidade dos traços, sem deixar sinais de interferência do automatismo gráfico do próprio simulador.

4.^a Lei da escrita: O escritor que age em circunstâncias em que o ato de escrever é particularmente difícil, traça instintivamente ou as formas de letras que lhe são mais costumeiras, ou as formas de letras mais simples, de um esquema fácil de ser construído.

A 4.^a lei “deve ser lembrada quando se examinam escritas produzidas em condições anormais: doentes nos leitos; pessoas que escrevem em veículos em movimento [...], etc.”, consoante a lição de Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 135). Harralson e Miller (2018, p. 77) esclarecem que as “condições físicas ou mentais temporárias podem produzir mudanças transitórias ou temporárias na escrita, que desaparecem ao cessar tal condição”. É por isso que Solange Pellat enfatiza a 4.^a lei do grafismo como “a lei do mínimo esforço”, consequência de quando as escritas são simplificadas ou abreviadas em determinadas circunstâncias, conforme menção do entendimento dos autores.

Resta claro, portanto, a seriedade de se conhecer a estrutura básica que delinea a Grafoscopia para o preciso exercício da perícia grafotécnica, visto que essa prática encarrega-se de distinguir, por

recursos técnicos e científicos, as origens desta e daquela escrita, podendo apontar a existência de fraudes associadas aos registros gráficos.

4 O EXAME GRAFOTÉCNICO EM ESCRITOS FOTOGRÁFICOS

Conhecer as quatro leis do grafismo mostra-se essencial para a discussão que diz respeito ao exame grafoscópico, sobretudo acerca da possibilidade de determinar o traçado dos gramas sequenciais (ou unidades do grafismo), assim chamados. Portanto, é “importante o conhecimento da formação dos traços, pois o estudo do movimento escritural, através dos sentidos dos traços e curvas é fundamental nos exames das identificações gráficas” (GOMIDE, 2016, p. 38). Esse entendimento se extrai do contexto da construção do grafismo, ou seja, dos gestos gráficos próprios da escrita. Entende-se, pois, que cada pessoa possui a sua própria escrita, cujos gestos gráficos são personalíssimos. É por essa razão que o princípio fundamental do grafismo rege todos os trabalhos grafotécnicos, extraindo-se que a escrita é definida como a representação gráfica do pensamento, isto é, cada pessoa tem o seu próprio manuscrito, a sua autônoma grafia.

A revisita a esse tema é importante, pois atende ao objetivo da Grafoscopia, qual seja, o de identificar a origem gráfica, que de maneira didática ensina que a realização de uma perícia grafotécnica passará pelas etapas de análise, comparação e avaliação.

Nesse sentido, na realização da perícia, além do atendimento às normas processuais, serão analisados, de início, as condições físicas dos documentos, os suportes, as escritas e os materiais dos registros com o auxílio dos aparelhos ópticos como lupas, espectrógrafos, microscópios, lâmpadas ultravioleta, além da fotografia e novos recursos tecnológicos. E tais análises podem ser realizadas, também, em reproduções fotográficas dos documentos originais.

Sobre o tema, Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia

(2016, p. 98) defendem ser a fotografia “um dos melhores processos conhecidos de ilustração e documentação das observações periciais”. Tal assertiva se mostra relevante, pois o avanço tecnológico é de grande importância para a inspeção grafotécnica, visto que, na maioria das vezes, o examinador estará envolvido com a apuração de fraudes. Do mesmo modo, Gomide (2016, p. 54) explora sobre a fotografia e esclarece que “atualmente, as reproduções fotográficas podem ser obtidas, também, através das impressões provenientes das digitalizações”. Dessa forma, os processos de reproduções digitalizadas, sejam por meio de programas, equipamentos, scanners ou câmaras digitais, hão de favorecer aos técnicos o desenvolvimento de um raciocínio lógico para as interpretações e conseqüente resultado pericial, com conclusões devidamente fundamentadas.

Ainda sobre os processos artificiais, Gomide (2016, p. 45-51) apresenta os que “utilizam o magnetismo, a eletricidade e a química, cujos exemplos de maior destaque são as impressões matriciais e a *laser*, as cópias eletrostáticas (xérox e fax) e as escritas em vídeos”. Dentre tais processos de impressões, o autor compreende que “a simplicidade e a rapidez da xerografia vieram facilitar a elaboração e reprodução de documentos, porém com restrições quanto à sua confiabilidade”. No que tange à xerografia, ainda aduz que:

A boa qualidade da nitidez das cópias xerox, que podem, inclusive, reproduzir imagens coloridas, tem gerado muita polêmica quanto à possibilidade de se aceitar, ou não, essas reprografias como o documentos originais, inclusive como meio de prova em Juízo. (GOMIDE, 2016, p. 51)

Dessa forma, percebe-se que o progresso, notável e indiscutível, em muito aprimora o exame técnico, possibilitando uma conclusão correta e precisa da origem gráfica. Porém, mesmo com toda evolução, há de se ter especial atenção ao fato de que os pronunciamentos técnicos pautados em exames de cópias podem

gerar restrições, constituindo, “na realidade, meras suposições, passíveis de erros e dependentes das apresentações dos originais para serem comprovadas.” (GOMIDE, 2016, p. 53). Isso significa que a conclusão do examinador pode ser alterada após a análise do documento em questão no formato original.

É pertinente apresentar a percepção de Feuerharmel (2017, p. 233) afirmando que “as análises grafoscópicas em fotocópias têm sido viáveis em grande parte dos casos, embora o exame da via original seja indiscutivelmente mais confiável e revelador”. Apesar desse entendimento, o autor destaca que “ao periciar uma fotocópia, o perito tem condições de avaliar muitas características grafoscópicas.”. Compreende-se, pois, que o exame grafotécnico pautado nos originais oportuniza uma conclusão mais correta e precisa. Contudo, na maioria das circunstâncias, sempre haverá como demonstrar tecnicamente os resultados de análises em fotografias, ou mesmo em fotocópias, de preferência sendo de boa qualidade gráfica e nitidez.

Desse modo, faz-se necessário entender a etapa da comparação para a determinação das identidades gráficas, porque essa é feita juntamente com a etapa da avaliação. Trata-se de analisar os elementos individualizadores da construção do traçado das assinaturas. O que significa a apuração e valoração de cada uma das convergências e divergências gráficas, entre as assinaturas questionadas e padrões.

Por isso, Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 424)⁵ dizem que “hoje, a Grafoscopia tem seu método próprio, denominado [...] método grafocinético ou grafoscópico”. Os autores consideram todos os elementos discriminativos conforme

⁵ Os autores ainda afirmam que o método grafocinético “resultou do estudo aprofundado do grafismo, tendo em vista não só os diversos processos de fraude gráfica, como as causas provocadoras de variações. Não se assenta em característicos isolados, como o morfológico (forma dos caracteres), o grafológico (qualidades subjetivas), o grafométrico (medições), o sinalético (‘connietati’ e ‘contrasegni’), ou caligráfico (forma e talhe)”.

“o raciocínio pericial [...], sob critério lógico, derivado do profundo estudo das diversas maneiras de produção gráfica”. Nesse passo, sugere-se um exame detalhado que abrange todas as informações do caso em questão, incluindo o estudo dos hábitos gráficos dos possíveis escritores envolvidos, para que se conclua se o escrito foi produzido pela mesma pessoa ou não.

Corroborando essa ideia, Feuerharmel (2017, p. 125-126) afirma que “a avaliação, portanto, é a tarefa mais crítica em uma perícia grafotécnica”, que se inicia desde a escolha dos procedimentos e requisitos essenciais a serem desenvolvidos até uma visão global do documento questionado, que poderão “fornecer informações esclarecedoras ao perito”. Assim, faz-se necessário observar as diferenças e semelhanças dos movimentos, por meio da interação dos gestos gráficos para avaliação das características gráficas.

No que diz respeito ao bom êxito das análises, avaliação e conclusões dos exames grafoscópicos, é preciso que esse procedimento pericial seja fundamentado nos elementos constitutivos dos grafismos, os chamados elementos técnicos genéricos e genéticos, além das condições técnicas ideais para os exames nos diferentes tipos de grafismos e raciocínios lógicos do examinador.

4.1 OS ELEMENTOS TÉCNICOS DO GRAFISMO

Considerando-se as particularidades do grafismo, suas características e constituição dos hábitos gráficos, importante destacar que os elementos técnicos do grafismo se dividem em dois grupos: os objetivos e os subjetivos. Os elementos objetivos, chamados de genéricos, derivam do estudo da forma do registro gráfico, suscetíveis de ilustrações e medidas. Por outro lado, os elementos subjetivos, denominados de genéticos, decorrem do gesto do escritor, cujas técnicas se aproximam da aplicação da 1.^a lei da escrita, que individualizam o gesto gráfico. Del Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 240) tratam sobre tais elementos

assim:

Entre os elementos subjetivos contam-se: o ritmo, o dinamismo, o “formniveau”, a velocidade, o grau e habilidade do punho escrevente, etc. Como objetivos, citam-se: andamento gráfico, a inclinação axial, os alinhamentos e espaçamentos gráficos, as limitantes verbais, as relações de proporcionalidade gramática, etc.

Nesse passo, Gomide (2016, p. 30) elenca alguns dos elementos de ordem objetiva (genéricos) que “representam a morfologia do grafismo”, a saber: inclinação axial; espaçamentos; calibre; comportamentos em relação às linhas de base e de pauta; relação de proporcionalidade gráfica; valores angulares e curvilíneos.

Por outro lado, sobre os elementos de natureza subjetiva ou genéticos, Gomide (2016, p. 30-31) menciona que:

Os elementos derivados do estudo do gesto são decorrentes do efeito dinâmico das interações das forças aplicadas no ato de escrever (progressão + pressão), e são denominados genéticos, [...] tais como inícios dos movimentos, as alterações de velocidades, o atrito e as deformações.

Dessa forma, os elementos genéticos “relacionados às forças que produzem o grafismo”, como a dinâmica (pressão e progressão) e trajetória (ataque, desenvolvimento, remate, mínimos gráficos), permitem “ao perito estudar os movimentos do gesto gráfico para identificar a sua origem”, conforme aduz o citado autor (GOMIDE, 2016, p. 31).

Nesse contexto, serão abordados os elementos objetivos e subjetivos nas tentativas de fraudes, dentre elas, o fraudulento disfarce gráfico. A título de exemplo, percebe-se o disfarce gráfico durante a colheita do material gráfico, tanto nas modificações da

inclinação axial e calibre das assinaturas, como nas variações de intensidades de pressão e progressão, as quais se consubstanciam em alterações muito comuns nos casos de negativa de autenticidade. Fica claro a aplicação da 3.^a lei da escrita nesse caso, pois o simulador se trairá na execução dos movimentos para a sua modificação, seja por meio de variações gráficas, desvios, das paradas súbitas e de outros esforços perceptivos pelo examinador. Nessa hipótese, um perito experiente tem a perspectiva de identificar um eventual disfarce nas extremidades, principalmente nos finais dos lançamentos, nos quais há o impulso adquirido, conforme menciona a 2.^a lei de Sollange Pellat.

Sendo assim, a legitimidade dos padrões de confronto é requisito de fundamental valor para as análises periciais, pois, além de facilitar a reprodução fotográfica, evita fraudes praticadas durante ou após os lançamentos escritos. E como medida preventiva para a aceitação desses padrões, será preciso que haja o confronto das assinaturas do material gráfico com os documentos constantes nos autos do processo de notável legitimidade, quais sejam, os de identidade pessoal, profissional, procuração, declarações, dentre outros padrões de confronto.

Registre-se ainda que a análise de algumas características dos elementos técnicos do grafismo, como a “morfologia, inclinação, calibre, espaçamentos, alinhamento, posicionamento e aspecto geral da escrita, [...] dificilmente deixariam de ser reproduzidas por uma copiadora” (FEUERHARMEL, 2017, p. 233)⁶. Assim, embora parte da doutrina entenda que as fotocópias não possuem a mesma identidade de um documento original, observa-se, por oportuno que, quando se tratar de cópias de boa qualidade, será possível a análise destas e de outras características que são perfeitamente identificadas. Seguindo o mesmo raciocínio, pode-se então avaliar alguns elementos técnicos genéricos e genéticos nos processos artificiais,

⁶ Segundo o mencionado autor, “em algumas situações, até mesmo o sentido dos traços pode ser determinado em uma fotocópia, e não é raro que métodos de construção complexos sejam desvendados”.

como o dinamismo gráfico do traçado, variações de pressão e velocidade, momentos gráficos, ataques e remates, características personalíssimas que decorrem dos gestos do escritor.

De forma geral, Feuerharmel (2017, p. 234-235) explica que as imagens na forma de fotocópias “não necessariamente impuseram limitações incontornáveis” para suas análises. De qualquer sorte, é de ser levado em consideração que o exame pericial aplicado de forma correta e racional conduzirá o perito à solução das controvérsias, podendo alcançar o julgador para a mesma convicção.

Dessa forma, apresentam-se a seguir algumas imagens de figuras de casos reais, em que as perícias foram realizadas por meio de documentos em fotocópias, mesmo de baixa qualidade e nitidez:

Figura 1: Perícias realizadas em fotocópias. Fonte: Feuerharmel (2017, p. 234)

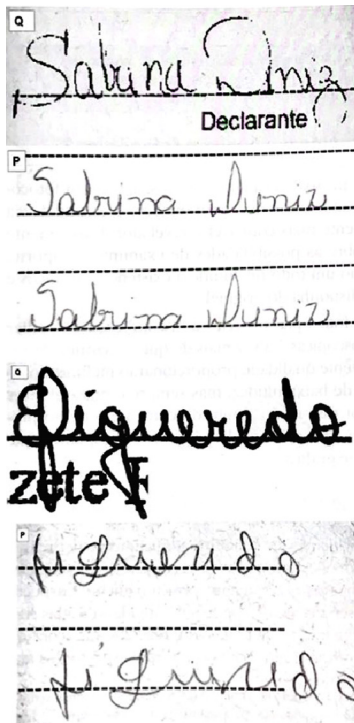
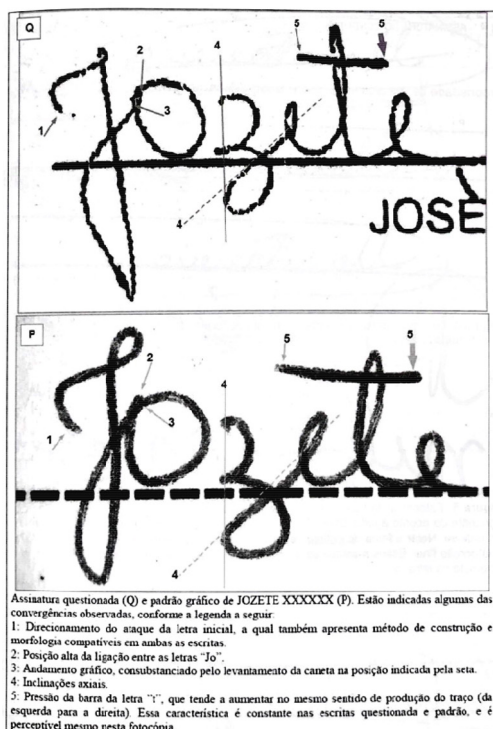


Figura 1: Perícia realizada em uma fotocópia de baixa qualidade (Q). Neste caso, ainda é possível comparar algumas características proeminentes, como os espaçamentos, conexões, algarafos, inclinação, alinhamento etc. Notam-se perfeitamente os diferentes aspectos gerais das duas escritas, o que já permitiria uma não vinculação de suas autorias. Se o perito examinasse a via original do documento questionado, muito dificilmente encontraria algum sinal que pudesse alterar essa conclusão. Mesmo assim, é prudente que ele faça uma ressalva quanto a essa possibilidade, ainda que ela seja remota.

Figura 2: Perícia realizada em uma fotocópia de baixa qualidade (Q). Neste caso, também é possível observar diferenças quanto aos graus de habilidades aparentes dos dois escritores. É claro que essa habilidade poderia ter sido propositalmente diminuída nos padrões, mas não poderia ter sido deliberadamente aumentada na firma questionada.

Conforme a imagem, observa-se que as fotocópias se apresentam em baixa qualidade e nitidez. Porém, foi possível a observação e interpretação pelo examinador de algumas características técnicas da peça em questão que, após comparadas, divergem com as peças padrões de confronto. Nesse caso, entende-se que a conclusão certamente não seria alterada, mesmo com a apresentação do documento original questionado.

Figura 2: Características avaliadas em uma fotocópia. Fonte: Feuerharmel (2017, p. 235)



Na imagem anterior, ressalta-se que foi possível visualizar e interpretar algumas semelhanças apontadas pelo examinador entre as peças questionada e padrão. Entende-se, também, que dificilmente a conclusão seria alterada com a análise da peça original.

Adentrando-se para uma análise grafotécnica completa, Del

Picchia Filho, Del Picchia e Del Picchia (2016, p. 429) elaboram o que se procura verificar em uma escrita ao realizar o confronto entre as assinaturas, resultando no diagnóstico de falsidade, ou não:

- a. qual a direção do traço, isto é, onde começou (ataque) e terminou (remate);
- b. como executou esses ataques e remates;
- c. com que pressão os traços foram executados, se com a mesma ênfase, ou ênfases variáveis;
- d. com que rapidez;
- e. quais as formas adquiridas nos grammas componentes das letras, nos de articulação e outros;
- f. qual a inclinação;
- g. são movimentos simples ou repetidos (retoques, debuxos, meniscos, refluxos de tinta, etc.);
- h. contínuos ou interrompidos (andamento, paradas, levantamentos anormais, etc.).

Atente-se para o fato de que os itens abordados podem ou não guardar correspondência entre as peças em análise e os padrões de confronto. Sendo positiva tal correspondência, a provável conclusão para a perícia é que as peças “questionadas serão autênticas. Oferecendo-se em oposição, aumenta a probabilidade do falso” (DEL PICCHIA FILHO; DEL PICCHIA; DEL PICCHIA, 2016, p. 429). Assim, se estabelecerá o exame das identidades gráficas e consequente descoberta da origem do documento.

Como já afirmado, cada pessoa apresenta a sua evolução gráfica desenvolvendo uma escrita com peculiaridades individuais e consequentes hábitos gráficos com o passar do tempo. E não é só isso. Feuerharmel (2017, p. 12) defende que, para que uma assinatura se aproxime ao máximo de segurança, será preciso atender a vários critérios, considerados fundamentais ou obrigatórios, dentre os quais:

1. traçado extenso;
2. método de construção complexo;
3. algumas estruturas com traços curvos e longos;

4. momentos gráficos longos;
5. traçado altamente dinâmico;
6. pequena variabilidade natural em suas características (especialmente em seu método de construção).

Em outros termos, vê-se, então, que os critérios acima defendidos pelo autor são bem significativos para as análises periciais em assinaturas, na intenção de solucionar questões específicas como a determinação da autenticidade, ou mesmo, nas falsidades, a identificação da autoria da imitação. Sendo assim, destaca-se que as assinaturas que apresentam uma gênese gráfica simples, por exemplo, propiciam o trabalho dos falsificadores de razoável habilidade, diminuindo o cometimento de erros gráficos nas tentativas de imitações.

Por conseguinte, justifica-se a relevância de as pessoas tenham uma assinatura segura, com o intuito de criar, sobretudo, verdadeiros embaraços e empecilhos contra quaisquer tipos de falsidades. Seguindo o mesmo raciocínio, assinaturas que possuem um traçado harmônico e longo, com a presença de movimentos dinâmicos, executadas nos sentidos horário e anti-horário, são seguras para a perícia grafotécnica, sejam elas pautadas em documentos originais ou sob a forma de cópias reprográficas ou reproduções digitalizadas.

5 CONCLUSÕES

A intenção desta exposição foi trazer informações sobre a prova no Processo Civil e sua influência na formação da convicção judicial. Em especial, abordou-se a prova pericial grafotécnica, relevante na área forense, favorecendo o conhecimento a respeito das assinaturas autenticadas em documentos, das quatro leis que regem o grafismo (Leis Pellat), que se difundiram como métodos científicos de construção ou grafocinético, aplicados na Grafoscopia.

A perícia recai no documento, tal como se apresenta e não como o examinador desejaria que ele fosse. Sendo assim, ainda

que o documento na via original não esteja disponível ao perito, aclarou-se a viabilidade das análises grafoscópicas nos processos de reproduções digitais e fotocópias de documentos, sempre com a ressalva de que a conclusão poderá sofrer alteração, caso o perito judicial faça as análises grafoscópicas na via original.

Compreende-se que é interessante e fecunda a atenção e experiência de quem depreende o exame grafotécnico nas cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial ou mesmo das reproduções digitalizadas, de qualquer documento público ou particular. Portanto, por meio de uma avaliação intensa, o perito tem possibilidade de comparar satisfatoriamente diversas características, para uma conclusão da origem gráfica, especialmente se tais cópias forem de boa qualidade e nitidez.

Sendo assim, sob a óptica semelhante de alguns autores, esse entendimento parece o mais razoável, porque se extrai do contexto de que haverá a possibilidade de comparar características proeminentes do traçado da escrita de um documento, de forma a permitir a vinculação do exame dos inscritos com a autoria, a saber: os graus de habilidades aparentes dos dois escritores, a inclinação, os espaçamentos, os alógrafos, as conexões, o alinhamento, dentre outras observações em relação aos aspectos gerais das escritas.

Há que se considerar, portanto, que há a perspectiva de demonstrar tecnicamente os resultados da dinâmica dos lançamentos da escrita em reproduções fotográficas ou digitalizadas de qualquer documento. De toda sorte, cabe a observação e percepção direta da gênese gráfica, percorrendo uma análise do momento inicial até o término dos gestos gráficos, por um examinador. Contudo, reafirma-se que o exame grafotécnico pautado nos documentos originais garante inferir uma conclusão mais correta e precisa, visto o desafio dos técnicos na interpretação dos exames grafotécnicos, diante de falsários e variados fatores modificadores da escrita em documentos, como quando se tratar de um disfarce meticuloso.

Também é considerável salientar que o desenvolvimento

da tecnologia e o avanço do contexto de segurança informacional nas relações sociais e negociações comerciais têm feito crescer a necessidade de uma conscientização e conhecimento maior sobre a prova pericial em documentos, sejam particulares, corporativos ou oficiais. Com efeito, versou-se sobre os critérios fundamentais para que uma assinatura se aproxime ao máximo da segurança, com a finalidade de orientar as pessoas na prevenção das diversas modalidades de fraudes, bem como dificultar a incidência dos golpes, sobretudo em razão da falta de informações.

Perfilha-se que o presente estudo e informações à ciência grafoscópica serão proveitosos e úteis para os profissionais que operam diretamente com as análises de escritas, atraindo os que atuam no Direito, incluindo técnicas de prevenção contra fraudes nos dias contemporâneos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. In: **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, n. 208, p. 27-41, jan./mar 2014.

ALMEIDA, Vitor Luís de. **Dinamização do ônus da prova no sistema processual cooperativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

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.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Do procedimento comum / da postulação ao saneamento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 255-274.

DEL PICCHIA FILHO, José; DEL PICCHIA, Celso Mauro Ribeiro; DEL PICCHIA, Ana Maura Gonçalves. **Tratado de**

documentoscopia: da falsidade documental. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Pillares, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Julgamento antecipado do mérito. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. t. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FEUERHARMEL, Samuel. **Análise grafoscópica de assinaturas**. Campinas: Milennium, 2017.

GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMIDE, Tito Lívio Ferreira. **Manual de grafoscopia**. 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HARRALSON, Heidi H.; MILLER, Larry S. **Huber and headrick's handwriting identification**: facts and fundamentals. 2nd edition. Boca Raton: CRC, 2018.

IACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990a.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. IV. 2. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1990b.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970.

Recebido em: 11-1-2023
Aprovado em: 25-3-2023

O MOMENTO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS, EM ATOS NOTARIAIS¹

Waldir de Pinho Veloso²

RESUMO

A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em se tratando de instrumento de cessão de direitos sobre imóveis, não há a exigência do recolhimento do Imposto sobre Transferência de Bens Imóveis (ITBI), sendo o comprovante deste pagamento obrigatoriamente apresentado no ato do registro do título. As legislações da quase totalidade dos 5.570 Municípios brasileiros trazem o momento da ocorrência do fato gerador do ITBI em épocas anteriores ao registro. Quase sempre, a exigência é da prova da quitação do ITBI quando da lavratura do ato notarial em um Tabelionato de Notas. No início de 2021, o Supremo Tribunal Federal decidiu uma causa, à qual deu o caráter de repercussão geral, confirmando que em caso de cessão de direitos reais, o fato gerador do tributo é o registro; não, a lavratura da escritura. A decisão, porém, não é vinculante aos Tabelionatos de Notas e não julgou inconstitucionais as legislações municipais que fixam outro momento para a ocorrência do fato gerador desse tributo. Além

¹ **Como citar este artigo científico.** VELOSO, Waldir de Pinho. O momento do recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, em atos notariais. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 319-355, jan.-abr. 2023.

² Mestre em Linguística. Especialista em Direito. Bacharel em Direito. Professor Universitário. Escritor de livros jurídicos, educacionais e literários. Membro da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. *E-mail*: waldirdepinhoveloso@gmail.com

disso, não envolve outros atos notariais, como escrituras de compra e venda, de doação, de troca ou de dação em pagamento. Este artigo analisa a decisão e aponta para o caminho mais prudente a ser seguido pelos tabeliães de notas.

Palavras-chave: Imposto sobre Transferência de Bens Imóveis. Critério temporal do recolhimento. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Não Vinculante.

ABSTRACT

Precedents of the Brazilian Supreme Court state that, when it comes to deeds about assignment of property rights, there is no requirement to collect the Transfer Tax (ITBI), considering this payment mandatorily presented at the register of the deeds. The regulations of almost all the 5.570 counties present the occurrence of the taxable event of ITBI in times before the registration. Often, it is mandatory to prove that the ITBI was paid at the moment of the writing of the registration in a Notary Public. Early 2021, the Brazilian Supreme Court provided a judgement which had general repercussion, confirming that, regarding assignment of property rights, the taxable event is the registration; not the writing of the deed. The decision, however, is not binding to the Notary Public, and it did not determine as unconstitutional the county's legislation which sets other moments for the taxable event. Furthermore, it does not involve other notary acts, such as sale deeds, deeds of donation, exchange deeds, or a giving in payment deed. This article analyzes the judgement and indicates the most prudent path to be taken by the notaries.

Keywords: Transfer Tax. Time crisis in tax collection. Brazilian Supreme Court. General Repercussion. Non-binding.

SUMÁRIO. 1 Primeiras palavras. 2 A competência tributária e as leis municipais. 3 Fato gerador do ITBI. 4 O critério temporal quanto ao recolhimento do tributo. 5 A repercussão geral no Recurso Extraordinário. 6 Decisão qualificada não vinculante. 6.1 Decisão vinculante, segundo o Supremo Tribunal Federal. 7 Decisão do Supremo Tribunal Federal. 8 O que consta da lei. 9 Proceder razoável dos notários. 9.1 Se o interessado não concordar com a exigência de quitação do ITBI. 10 Considerações Finais. Referências.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS

As causas tidas como normais – a nomenclatura correta é “ordinárias” – que conseguem chegar ao Supremo Tribunal Federal costumam hibernar por algum e longo tempo. Entre o dia do julgamento e o quando da publicação do Acórdão, também pode demorar mais uma coleção de dias ou meses.

O também normal é que a repercussão geral seja resultado da percepção de que há centenas de causas, pendentes de decisão, que têm igual objeto. Assim, separa-se uma delas e a analisa, tendo a decisão adaptada a todas as demais. Pendentes ou vindouras. O que faz com que haja a decisão repetitiva das demais tendo uma delas, a única e primeiramente julgada, como parâmetro.

Aconteceu um pouco diferente com uma causa classificada como de repercussão geral, envolvendo a definição do momento em que acontece o fato gerador do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) em cessão de direitos reais sobre imóveis. A rapidez do julgamento também merece destaque. No mesmo mês de dezembro em que foi apresentado em sessão virtual o voto do Ministro Relator, foram também apresentados os votos dos Ministros Relatores do Tema número 34 (Recurso Extraordinário 570.122); do Tema 325 (Recurso Extraordinário 603.624) e do Tema 366 (Recurso Extraordinário 136.861). Cada qual, com um Ministro Relator distinto, apenas para não se pensar em acúmulo de causas difíceis em mãos de única pessoa.

No caso que será objeto do estudo no presente texto, o Agravo em Recurso Extraordinário número 1.294.969, tem o Município de São Paulo como autor. Classificado como “repercussão geral”, recebeu a identificação como Tema 1.124.

O voto do Ministro Relator foi lido em sessão virtual de 11 de dezembro de 2020. A colheita do último voto foi no dia 12 de fevereiro de 2021. No interstício, houve recesso ou férias. Logo, uma rapidez incomum na seara do Supremo.

A origem da discussão judicial é porque no Município de São Paulo, a lei municipal define que se deve quitar o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) com anterioridade à lavratura da escritura pública. Um contribuinte sustentou que a transmissão da propriedade imobiliária somente acontece quando do registro do título translativo. Destarte, a comprovação da quitação do tributo deveria acontecer quando da apresentação da escritura ao Serviço de Registro de Imóveis. O Município perdeu a causa em primeira Instância e junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especificamente, a 18.^a Câmara de Direito Público. E recorreu ao Supremo Tribunal Federal, fundamentando em texto constitucional.

Inicialmente, o Recurso Extraordinário não foi admitido pelo Tribunal paulista. Logo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou que o Recurso fosse remetido ao Supremo Tribunal Federal, por causa da jurisprudência dominante existente naquele Órgão Jurisdicional Superior. O Município agravou. Por isso, o julgamento em assunto foi quanto a um Agravo em Recurso Extraordinário. O próprio Relatório do Ministro Luís Fux, quando a causa já estava perante o Supremo Tribunal Federal, faz a certeza de que

O Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal *a quo* negou seguimento ao Recurso Extraordinário por entender que o Acórdão recorrido estaria em harmonia com a jurisprudência do STF (Doc. 14), o que ensejou a interposição deste Agravo, com fundamento no artigo 1.042 do Código de Processo Civil (Doc. 16).

2 A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E AS LEIS MUNICIPAIS

A Constituição Federal destina os artigos 145 até 162 para reger o sistema tributário nacional. Antes do nascimento da Constituição Federal de 1988, já existia a Lei 5.172, de 25-10-1966, que institui o Código Tributário Nacional. Em consonância, essas normas estabelecem que há tributos cuja competência para

instituição, arrecadação e cobrança é exclusiva da União; outros tributos são da competência dos Estados-membros; e outros são da alçada exclusiva dos Municípios. O que é da competência dos Municípios e dos Estados-membros é, em soma, atribuição do Distrito Federal (Constituição Federal, art. 32, § 1.º).

O Código Tributário Nacional, no art. 35, coloca o ITBI como sendo da competência do Município. A Constituição Federal de 22 anos depois também confirmou, no art. 156, inciso II, que os Municípios têm a força constitucional para instituir o tributo, arrecadá-lo como receita própria e efetuar as cobranças, inclusive judiciais, do que constar como dívida ativa municipal. Assim, cada Município tem o direito de elaborar o Código Tributário (municipal) que contenha as regras sobre as hipóteses de incidência, o aspecto temporal do fato gerador, o próprio fato gerador e as regras sobre lançamento, arrecadação e constituição da dívida ativa. Após essa, a execução fiscal atenderá à Lei 6.830, de 22-9-1980, a Lei de Execução Fiscal.

Também é da competência municipal a criação de regras objetivas para o parcelamento dos créditos tributários. Cada Município pode, ainda, criar condições – que não ofendam à Lei de Proibidade Administrativa, que é a Lei Complementar 101, de 04-5-2000 – para oferta de isenções dos tributos municipais. A isenção é mais utilizada em relação ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, visto que há imóveis situados em regiões especiais, e imóveis às vezes grandes com construções modestíssimas e em bairros de baixo custo, que não deveriam ser tributados praticamente apenas por ser grande o terreno.

3 FATO GERADOR DO ITBI

Fato gerador é a atitude do contribuinte ou a ocorrência de alguma previsão de acontecimento temporal que faz nascer a obrigação de recolhimento de um tributo. O Código Tributário

Nacional deixa claro:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Em matéria de Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), o que faz nascer a obrigação de recolhimento do tributo é a “transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos” (art. 35 do Código Tributário Nacional) ou, em outras palavras, o fato da “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;” (Constituição Federal, art. 156, inciso II).

O núcleo não somente do texto que define o fato gerador, como também a discussão no presente artigo, é a questão referente ao termo “transmissão”. Se se trata de transmissão, deve-se levar como primeira impressão que as escrituras públicas por si só – e muito menos os contratos particulares sem força de escritura pública – não transferem propriedade imobiliária. As escrituras são a formalização jurídica da vontade das partes (Lei 8.935, de 18-11-1994, art. 6.º, inciso I), vontade essa que é a transação envolvendo um imóvel. É o documento que transforma uma vontade ou combinação, termos abstratos, em documento palpável. Documento físico que se pode levar ao Serviço de Registro de Imóveis para, de fato e neste momento, ser o imóvel nele descrito e individualizado, transferido de um proprietário para outro.

No âmbito municipal, porém, pouco se leva em consideração o real alcance do vocábulo “transmissão”, sendo que grande parte da legislação originária dos Municípios coloca a formalização (escritura)

da celebração do negócio como fato gerador. O que faz com que haja a necessidade de comprovação da quitação do ITBI quando há a lavratura de uma escritura de compra e venda, de permuta, de cessão e aquisição de direitos e a constituição de direitos reais (referentes à coisa imobiliária, ao bem imóvel). Há uma exceção.

A exceção é a constituição de direitos reais de garantia, porque não há a transferência da propriedade, mas somente um gravame incidente sobre um imóvel, o qual fica indisponível – ou, se transferido, será com a sequela constitutiva do gravame – até que o credor venha a ter seu crédito satisfeito.

Considerando que o centro indicativo do fato gerador é a transmissão, busca-se pelo resumo de que o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) exige que o negócio jurídico seja oneroso (deve envolver valor, ainda que seja a permuta de imóveis sem torna ou volta); que seja ato entre pessoas naturais ou jurídicas, sem envolver a transmissão por motivo de morte (que geraria outro tributo, o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCD; não, o ITBI) e, por fim, que haja a transferência da propriedade do imóvel de uma pessoa para outra (por isso, não inclui a mera garantia, como a hipoteca, que é direito real, mas não há entrega da propriedade imobiliária ao credor). Falar que tem que haver a troca de titularidade (transmissão) de bens imóveis exclui, por exemplo, a divisão de um terreno que já está escriturado em nome de duas pessoas, divisão que transforma o todo em dois pedaços de terreno, sendo um para cada um ex-condômino, que passaria a ter a propriedade isolada.

4 O CRITÉRIO TEMPORAL QUANTO AO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO

Dentro da sua competência legislativa e em sua independência e autonomia legislativa (arts. 18, 30 e 156 da Constituição Federal),

cada Município fixa, em seus correspondentes Códigos Tributários, o momento em que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis deve ocorrer, em transações entre vivos. Trata-se de um dos critérios relacionados à geração do imposto em debate.

Se a lei municipal determina que o ITBI deve ser pago antes da lavratura da escritura pública, é um critério temporal cujo questionamento não deve ser diretamente exercido pelo Tabelionato de Notas. Este deve, apenas, exigir a quitação do tributo quanto às transações imobiliárias que passam sob sua supervisão, sob pena de responsabilidade subsidiária, por parte do titular da Serventia, quanto ao integral pagamento do tributo em assunto (Código Tributário Nacional, art. 134, inciso IV). Em outros termos: se o Tabelionato de Notas não fiscalizar e exigir o comprovante de recolhimento do ITBI em escrituras que lavram, o titular do Tabelionato se torna o devedor subsidiário do imposto. O Município pode cobrar o débito dessa pessoa natural (pessoa física, segundo a legislação do imposto de renda), ao lado do devedor principal.

Dos 5.570 Municípios existentes no Brasil, cada qual com competência para legislar localmente sobre ITBI, a quase totalidade traz, em suas leis válidas em seus territórios, esse como sendo o critério temporal apropriado.

Além das legislações municipais, muitos Códigos de Normas ou outros atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça, no âmbito de cada Estado-membro, exigem que os Tabelionatos de Notas somente lavrem escrituras em que há transferência de propriedade de imóveis, por atos entre vivos, em havendo a prova do pagamento do correspondente Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis. A título de exemplo, no Estado de Minas Gerais, o Código de Normas, instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado, em conjunto com a Corregedoria-Geral de Justiça, aprovado pelo Provimento Conjunto TJMG/CGJMG 93, de 18-4-2020, traz em seu art. 183, inciso VIII, a regra de que as escrituras públicas somente podem ser

validamente lavradas em havendo “referência ao cumprimento de exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;”. Logo, se o Município tem lei que exige a quitação do ITBI antes da lavratura da escritura pública, o Tabelionato de Notas obrigatoriamente deverá obedecer. Além da responsabilidade pelo recolhimento do tributo aos cofres do Município, o tabelião infrator estará sujeito a processo administrativo disciplinar perante a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado.

Há alguns Municípios cuja legislação é clara no sentido de que o recolhimento do ITBI, em negócios imobiliários envolvendo pessoas naturais vivas e pessoas jurídicas, pode ser feito em alguns dias após a lavratura da escritura pública em um Tabelionato de Notas.

Os Municípios que definem o prazo máximo para recolhimento do ITBI em momento posterior à lavratura da escritura, há datas máximas de recolhimento como o primeiro dia útil após a lavratura da escritura; e há casos de Municípios que concedem o prazo de até trinta dias para o recolhimento do tributo, contados a partir da lavratura da escritura. Nestes casos, o tabelião de notas não poderá exigir a guia quitada e/ou a certidão negativa de débito emitida pelo Município, mas descreverá, no corpo da escritura pública, qual é o prazo no qual o tributo deve ser recolhido. Em qualquer caso, porém, o Tabelionato deve exigir a avaliação do imóvel por parte do Município, que será a base de cálculo para o lançamento do ITBI (Código Tributário Nacional, arts. 142 a 150). E é este valor ou o da transação – o que for maior – que é utilizado para encaixe na tabela de emolumentos da Serventia.

É certo que a Lei 7.433, de 18-12-1985, art. 1.º, § 2.º, diz que “O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição”. Por seu lado, se a lei municipal

coloca o fato gerador não como sendo a lavratura da escritura, ou dá um prazo posterior a este ato para o contribuinte cumprir a obrigação, o tabelião não estará em condições de fazer a exigência da quitação. Mas como informado, deverá descrever o fato da dispensa, naquele momento e naquele ato notarial.

O que não traz dúvida é quanto ao registro do título translativo. Considerando que se falou do Tabelionato de Notas, o título translativo a ser referido é a escritura pública de compra e venda, de permuta, de doação ou de dação em pagamento. No ato do registro, somente será o título translativo – no exemplo, a escritura pública – admitido para a prática do ato registral em estando acompanhado do comprovante de quitação do Imposto sobre a Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis (ITBI).

Em relação a contrato de promessa de compra e venda, o entendimento mais apropriado – inclusive, com jurisprudência farta – é que somente é devido o ITBI no ato do registro do título translativo ou se o contrato, com essa qualidade, for registrado no Serviço de Registro de Imóveis. Por sinal, há casos de o próprio contrato de promessa de compra e venda ser elemento suficiente para registro imobiliário, em composição de leis que inclui o teor do Código Civil, art. 108, com a legislação sobre parcelamento de solo urbano (Lei 6.766, de 19-12-1979).

O mesmo entendimento quanto aos contratos particulares ou escrituras públicas em que há cessão de direitos reais sobre imóveis.

Portanto, somente quando requerido o ato do registro junto ao Serviço de Registro de Imóveis é que é, de fato, necessário provar que o ITBI está recolhido ao ente tributante.

Mas a referência a outros modelos de títulos translativos é somente um complemento do estudo, pois o centro das atenções, mesmo, é a cessão de direitos reais sobre imóveis.

5 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A repercussão geral veio à luz do mundo jurídico no bojo da Emenda Constitucional 45, de 18-12-2004. Foi quando foi acrescentado o § 3.º ao art. 102 da Constituição Federal, com essas letras:

Art. 102. [...].

§ 3.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Especificamente no caso que gerou a Tese 1.124, de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, a história mostra que sequer se encaixaria como próprio para a sua constituição.

Um contribuinte do Município de São Paulo entendeu que o momento de pagar o ITBI seria quando fosse registrar a sua escritura; não, no ato da lavratura da escritura. Acionou o Poder Judiciário e o Juiz de Primeira Instância decidiu conforme suas alegações, e, destarte, em sentido contrário às pretensões do Município. O Município sucumbente recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou a Sentença.

Alegando ofensa à Constituição, o Município de São Paulo recorreu ao Supremo Tribunal Federal. Monocraticamente, não houve a admissibilidade. Contra o ato que não recebeu o Recurso Extraordinário, o Município agravou. Em razão do Agravo, houve o recebimento do recurso. Os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal. E receberam a identificação como Agravo em Recurso Extraordinário número 1.294.969-SP.

No meio da análise do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal decidiu, mesmo não estando acumulados diversos casos semelhantes, dar repercussão geral ao tema. E não havia acúmulo de casos semelhantes à espera de decisão exatamente porque o Supremo Tribunal Federal já tinha jurisprudência dominante no sentido de que o fato gerador do ITBI é a transmissão do bem imóvel; não, a lavratura do título translativo. O fundamento para a aceitação da causa como de repercussão geral é a aplicação do conteúdo do parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que dispõe assim: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.”. Obviamente, viu o STF alguma questão “relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” que ultrapassava os “interesses subjetivos” do Município recorrente. Isto porque o império, contido no *caput* do art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de ser recusado o recurso extraordinário que não demonstrar existência de repercussão geral.

A Constituição Federal, no art. 102, § 3.º, condicionou a transformação de um tema em repercussão geral, quando “o recorrente [...] demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso [...]”. Faltou, no caso sob análise, um requisito definido como imperioso pela própria Constituição Federal, que foi a demonstração de acúmulo de causas semelhantes já no seio do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que o Município de São Paulo alegou a repercussão geral, mas não provou existir um acúmulo de processos com julgamentos pendentes nas gavetas do Supremo Tribunal Federal. Para transformar o pedido sem cumprimento do requisito que a Constituição Federal determina, o Ministro Luís Fux escreveu em seu Relatório que “Em relação à repercussão geral, alega que

a matéria ultrapassa o interesse subjetivo das partes na medida em que se repete aos milhares não só no Município de São Paulo, mas também em inúmeros outros municípios do país”. “*Alega*”, informou o Ministro. E disse mais: repete-se “aos milhares não só no Município de São Paulo, mas também em inúmeros outros municípios do país”. A repercussão geral, porém, não tem a previsão de acabar com o grande número de feitos administrativos locais ou ações judiciais juntos aos Juízos e aos Tribunais de cada Estado-membro. A repercussão geral tem por fim uniformizar a aplicação da Constituição para casos semelhante e diminuir o número de processos que já estão no Supremo Tribunal Federal. As anunciadas “questões constitucionais” devem estar sendo discutidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal para que haja a aceitação. É que o voto de quatro dos onze Ministros já aceita a repercussão geral, pois somente com dois terços (oito dos onze) dos votos dos Ministros é que podem recusar o tema como de repercussão geral.

Apropriada análise e fixação do tema como sendo de repercussão geral se apresentaram, no caso em foco, meio sem abrangência. Isto porque a discussão central é acerca da cessão de direitos relativos a imóveis, o que afasta questões como a compra e venda e cessão de direitos hereditários. O primeiro – a compra e venda – ficou fora da análise por estar mais explícita a transferência da propriedade. O segundo – a cessão de direitos hereditários – merece estudo mais profundo, pois não há a transmissão de um determinado bem imóvel, mas um percentual de uma universalidade de bens. De fato, o Relatório do Ministro Luís Fux se compõe da afirmação de que “a questão controvertida nos autos” é a “possibilidade de incidência do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) em cessão de direitos de compra e venda, mesmo sem a transferência de propriedade pelo registro imobiliário”.

A discussão do Agravo no Recurso Extraordinário, destarte, é quanto à cessão de direitos de compra e venda. É o caso típico de um contrato não registrado em Serviço de Registro de Imóveis

ser o indicativo da propriedade, a qual se passa para outrem também por meio de outro contrato igualmente não registrado no Registro Imobiliário. Ou alguém que tem a escritura validamente registrada de um imóvel e, em vez de celebrar escritura pública de compra e venda, faz uma promessa de compra e venda em um contrato particular não registrado. E depois, o adquirente dessa promessa se compromete perante outrem, em um terceiro degrau de comprometimento sem a efetiva transferência (de forma legal) da propriedade, a qual continuará em nome da pessoa que tem o imóvel com título translativo registrado (Código Civil, art. 1.227, e art. 1.245).

Mesmo não tendo inicial couraça de digno de uma repercussão geral, quis o destino enviesado ao qual se submete, ligeiramente fora do que se estuda nos bancos escolares e nas Academias jurídicas, o Poder Judiciário em sua superior Instância, que o assunto gerasse uma decisão própria para ser comparada com outras eventualmente existentes.

O recorrente e posteriormente agravante – o Município de São Paulo – não teria como imaginar que a posição que defendia iria ser tida no Supremo Tribunal Federal como um caso de repercussão geral, pois, quando aviados os recursos, a pesquisa não indicava um amontoado de casos semelhantes, no Supremo Tribunal Federal, pendentes de solução. Tanto é assim que, no relatório do Ministro Luís Fux, apresentado em sessão virtual do Supremo Tribunal Federal de 11 de dezembro de 2020, consta o argumento pela admissão do recurso como sendo digno de receber decisão qualificada, com as seguintes palavras:

Desse modo, considerando a necessidade de se atribuir racionalidade ao sistema de precedentes qualificados, assegurar o relevante papel deste Supremo Tribunal como Corte Constitucional, garantir segurança jurídica aos jurisdicionados e prevenir tanto o recebimento de novos recursos extraordinários como a prolação

desnecessária de múltiplas decisões sobre idêntica controvérsia, entendendo necessária a reafirmação da jurisprudência dominante desta Corte mediante submissão à sistemática da repercussão geral.

Já há, como diz o próprio Ministro Relator, uma jurisprudência dominante. Importa dizer que há muitas causas já decididas. A consolidação se dá exata e unicamente porque já dormem nos arquivos das causas terminadas, no Supremo Tribunal Federal, muitos feitos judiciais que receberam solução definitiva.

E não há qualquer referência, em todo o teor do Relatório que admitiu o Recurso como próprio para receber análise qualificada, a eventual necessidade de paralisação do trâmite de todos os Recursos com idêntico tema, até que houvesse o julgamento daquele em admissão, o qual passaria a ser o paradigma, o modelo comparativo. Ao contrário, há o anúncio fixo de que o que se quer é “prevenir tanto o recebimento de novos recursos extraordinários como a prolação desnecessária de múltiplas decisões sobre idêntica controvérsia”. O que, admite-se de passagem, não é o papel de um órgão jurisdicional. Primeiramente, porque impede a aplicação da Constituição Federal, cujo art. 5.º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”. Exatamente para cortar dificuldades de acesso ao Poder Judiciário, há a Súmula Vinculante 28, do próprio Supremo Tribunal Federal, determinando a análise de Recurso, na seara tributária, mesmo se o contribuinte não fizer depósito prévio. Também, houve, após 1988 e para se adaptar à Constituição Federal, maior facilidade na interposição de Embargos por parte do devedor, em ação de execução em trâmite perante o Poder Judiciário.

O argumento carrega para a diminuição do trabalho do Poder Judiciário. É certo, porém, que o Supremo Tribunal Federal somente deveria julgar causas que têm fundamentação direta na Constituição Federal. O que se vê, na última década, porém, é que, em dependendo de circunstâncias nem sempre republicanas, há uma

extensão no conceito de ferimento ao texto constitucional. E há decisões rapidíssimas; enquanto outras esperam por julgamento há tempos.

De outra porta, se o que se quer é que o Supremo Tribunal Federal tenha diminuída a quantidade de processos que a ele chega com o argumento do recorrente de que há violação às letras da Constituição, o que deveria ter o Ministro proposto, em seu Relatório, é que se criasse uma Súmula Vinculante. Essa é que obriga a todos, inclusive as várias camadas da Administração Pública de todo o Brasil. Um Acórdão em um processo que recebeu a condição de repercussão geral chega a, no máximo, ser tratado como uma jurisprudência qualificada.

6 DECISÃO QUALIFICADA NÃO VINCULANTE

Se o desenvolvimento do tema comportasse, caberiam aqui algumas discussões, pormenorizadas, quanto aos precedentes judiciais. Ficam indicados os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil quanto ao assunto, para quem quer complementar o conhecimento. Deste último artigo referido, o destaque é para o § 5.º, que determina que os Tribunais devem divulgar seus precedentes “organizando-os por questão jurídica decidida”. No presente estudo, porém, a indicação da existência do tema já é debate suficiente, porque fora do eixo central da discussão.

A situação normal para que um tema em trâmite no Supremo Tribunal Federal se arranje com o caráter de repercussão geral é que, como indicativo pela expressão, haja uma discussão em grande quantidade do mesmo assunto, por diversos administrados. O principal motivo da existência da repercussão geral é a de uniformizar a aplicação da interpretação da Constituição Federal (Código de Processo Civil, art. 926) quanto aos processos que chegam a esse órgão jurisdicional. Em segundo lugar, aparece a função de decisão

sumária dos processos que têm igual tema, com base na decisão constante do Acórdão paradigma ou digno de comparação.

O acúmulo de processos em análise fará com que um processo seja separado como paradigma, com suspensão do trâmite de todos os demais processos, que têm o mesmo tema, em andamento no Supremo Tribunal Federal. O único processo a ser julgado terá, ao seu fim, a definição do tema e, daí em diante, todos os demais processos pendentes serão julgados sumariamente, com aplicação da decisão uniformemente aos que têm o mesmo assunto, os que orbitam sob o mesmo tema. E o paradigma, o ente de comparação, passa a ser também utilizado para os julgamentos dos próximos processos que chegarem.

Mas não é vinculante. Não se trata de uma Súmula Vinculante. A Súmula Vinculante é outro instituto, o qual foi acrescido ao original texto da Constituição por meio da Emenda Constitucional 45, de 18-12-2004. Essa Emenda determinou o nascimento do art. 103-A junto à Constituição, cuja parte que guarda pertinência com o presente estudo é a seguinte:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

[...].

Desta forma, quando emitida uma Súmula Vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, todas as decisões judiciais e administrativas devem ser, doravante, condizentes com o seu teor. E o texto constitucional traz inequívoca obrigação de sua aplicação incontestável por parte dos “demais órgãos do Poder Judiciário” e da “administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A Súmula Vinculante tem foco no caso de decisões conflitantes por parte de decisões anteriores, além do acúmulo de causas trazendo discussão sobre o mesmo assunto.

Já o Acórdão da repercussão geral é aplicado, sem análise muito profunda no presente estudo, a todos os casos pendentes que tenham o mesmo tema – por isso, os temas são numerados sequencialmente. É, pois, uma jurisprudência qualificada. Não chega ao “status” de decisão de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que, se julgasse inconstitucionais quaisquer disposições em leis municipais de uma forma, vincularia e obrigaria a todos. Força semelhante teria uma Súmula Vinculante, que se aplica não somente às decisões judiciais, mas também às decisões administrativas.

Como jurisprudência qualificada, a repercussão geral não se aplica como um impeditivo aos Tribunais, e tampouco aos Juízes monocráticos, ao julgarem de forma distinta. Funciona como uma orientação ou sinalização de que, em indo a causa parar no Supremo Tribunal Federal, será decidida conforme o paradigma já existente. Se sequer os Tribunais inferiores e os Juízes de Direito estão jungidos, obrigados, a decidir conforme o tema da repercussão geral, já assumido pelo Supremo Tribunal Federal, muito menos os tabeliães e registradores têm que obedecer cegamente. Até mesmo porque esses têm normas, nascidas em formato de lei (propriamente dita) que são de observância obrigatória. Inclusive, sob pena de se tornarem responsáveis pelo pagamento do tributo que o usuário do serviço não recolheu.

A desobrigação de adotar conforme a ementa de um Acórdão de repercussão geral é porque não é uma lei. E “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal). A Emenda Constitucional 45, de 18-12-2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 102 da Constituição, criando o procedimento da repercussão geral, não lhe atribuiu o efeito vinculante, como fez com a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

A mesma Emenda Constitucional 45, de 18-12-2004, ainda deu nova redação ao § 2.º do art. 102 da Constituição, confirmando a existência da súmula vinculante. Esta, sim, de obediência máxima perante ampla e vária camada da sociedade. De fato, consta assim da Constituição Federal:

Art. 102. [...].

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Se quisesse dar à repercussão geral o efeito vinculante, a Emenda Constitucional 45, de 18-12-2004, que deu nova redação ao § 2.º do art. 102 da Constituição Federal ora transcrito, teria incluído na redação texto como “ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas decisões com repercussão geral”. Destarte, não cabe ao intérprete dizer o que a Constituição não diz. Restou à repercussão geral o já elevado caráter de jurisprudência qualificada.

Na condição de jurisprudência qualificada, o Acórdão que resulta da repercussão geral tende a ser utilizado até mesmo por

quem pensa em recorrer, pois saberá que gastará tempo e dinheiro e, em chegando ao Supremo Tribunal Federal, já se conhece qual será a decisão. O que não obriga, porém, à aceitação. Equipara-se à sanção moral, em confronto com a sanção penal. Nessa linha de raciocínio, se um Município vê como necessária a interposição de todos os recursos possíveis, assim será feito. Melhor ainda, assim deverá ser feito, porque há regras tributárias e constitucionais que impedem que o ente estatal deixe de apresentar todos os recursos cabíveis pela busca do direito que a Administração diz ter, sob pena de ser interpretado como renúncia de receita e como não atendimento ao princípio de impessoalidade. É que, ao deixar, voluntariamente, de recorrer em uma causa, estaria o Município praticamente dispensando ilegalmente um tributo em favor de determinada pessoa, um contribuinte identificado.

Há uma distinção enorme entre uma jurisprudência qualificada e uma decisão que obriga a todos, incluindo a Administração Pública e os Serviços Extrajudiciais. Não consta esse vínculo no art. 102 da Constituição e tampouco há lei assim determinando.

Sobre todos os argumentos, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, apenas porque recebeu o pomposo nome de “repercussão geral”, não revoga as leis federais – a exemplo da Lei 7.433, de 18-12-1985 – as leis estaduais e as leis municipais. E também não revoga os Códigos de Normas das atividades extrajudiciais, expedidos pelos Tribunais e de observância obrigatória por parte das Serventias Extrajudiciais.

6.1 DECISÃO VINCULANTE, SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em uma oportunidade recente, um Ministro do Supremo Tribunal Federal decidiu que a repercussão geral é vinculante. Interpretação que parece desviar do que, de fato, encontra-se descrito – de forma explícita – na Constituição Federal,

A partir dessa manifestação, alguns juristas passaram a seguir esse entendimento. Os órgãos inferiores do Poder Judiciário, por seu lado, veem-se praticamente jungidos a decidir conforme o Ministro disse que a Constituição diz, sob pena de verem a decisão (que for contrária) cassada quando a parte interessada apresentar uma “Reclamação” ao Supremo Tribunal Federal. Está descrito no § 3.º do art. 103-A da Constituição que quando uma decisão contrariar uma súmula, obviamente, vinculante, que for “aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”. Deve-se destacar que a Reclamação é recurso cabível quando há uma decisão vinculante. O que, como está sendo demonstrado, não chega ao caso da repercussão geral.

A possibilidade de um jurisdicionado apresentar o recurso denominado “Reclamação” faz com que a Primeira e a Segunda Instância sigam a determinação do Tribunal, sem aplicação da livre convicção do Juiz e sem a análise das entranhas ou particularidades do caso.

Somando os Tribunais inferiores, os Juízes de Primeiro Grau de Jurisdição e parte dos doutrinadores, todos seguidores da versão de que um Acórdão em nível de repercussão geral é vinculante, há a formação de uma maioria. Uma corrente dominante, portanto.

Especialmente no seio do Poder Judiciário que se instala camadas abaixo do Supremo Tribunal Federal, a visão é a de que tanto ao se decretar a inconstitucionalidade de uma lei quanto a dar repercussão geral em uma aplicação constitucional, está o Supremo Tribunal Federal conduzindo a todos para o mesmo filtro: o de que está havendo a interpretação conforme à Constituição. Com essa visão, reina junto aos Juízes de Direito o entendimento de que estão adstritos, jungidos, amarrados à posição superior.

Uma análise sem amarras, e que for fruto de comparação com as letras da Constituição, pode conduzir, sim, para o lado da corrente minoritária. Corrente que aceita a decisão do Supremo Tribunal Federal (logo, um Acórdão) como sendo uma Jurisprudência Qualificada. Não, como uma decisão vinculante.

Essa interpretação contrária, portanto, existe. E com uma fortaleza enorme.

Até mesmo por segurança jurídica, a posição adotada no presente texto é a de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, embora recebendo o adjetivo de “respeitável”, não pode ter a adicional qualidade de vinculante.

7 DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A denominada “tese” número 1.124, presente no Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP, é a de que “O fato gerador do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência de propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”.

Sob esse signo, houve a análise do Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP, com destaque para o tema da cessão de direitos reais sobre imóveis – não cessão de direitos hereditários – e com inicial desvínculo para com a questão da compra e venda.

A causa foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sistema de audiências virtuais. Em reunião virtual do dia 11 de dezembro de 2020, o Ministro Luís Fux apresentou seu Relatório, analisando detalhadamente o caso. A fundamentação do Ministro se deu trazendo uma coleção de julgados do próprio Supremo Tribunal Federal quanto ao aspecto temporal do fato gerador do ITBI. Mostrou que, especialmente em casos de compra e venda, a incidência do tributo é pela transferência da propriedade e que esta se dá quando do registro da propriedade imobiliária junto ao Serviço de Registro de

Imóveis. Logo, a denominada jurisprudência há tempos dominante e consolidada da Suprema Corte é no sentido de que o momento de ser exigida a certidão de que o contribuinte quitou o tributo em razão da transferência de um imóvel é quando do requerimento do registro do título translativo. Título translativo que pode ser:

- contrato ou alteração contratual em que o sócio incorpora imóvel ao capital da empresa, sendo que há exigência de pagamento de Imposto de Transmissão de Bens Imóveis somente quando o fim da empresa “tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição” (art. 37 do Código Tributário Nacional, combinado com art. 36 do mesmo Código);
- contratos qualificados que são capazes de transferir propriedade, como os celebrados pelos agentes do Sistema Financeiro da Habitação (Lei 4.380, de 21-8-1964, art. 61, § 5.º);
- escritura pública lavrada em Tabelionato de Notas, tendo como objeto uma compra e venda, uma cessão de direitos reais, uma permuta ou outras formas de transferência de propriedade imobiliária;
- Sentença, como a que determina a retirada de um imóvel do capital de uma empresa para integrar propriedade particular de sócio (obviamente, em fase de dissolução parcial de sociedade) que não foi o incorporador do imóvel no capital da empresa, por exemplo.

A questão da limitação do tema discutido está no próprio Relatório do Ministro Luís Fux, no Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP, quando descreve que

a matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo

a esta Suprema Corte, em julgamento qualificado, definir o alcance do artigo 156, II, da Constituição Federal, no que diz respeito à cobrança do ITBI, por municípios brasileiros, sobre a cessão de direitos de compra e venda de imóvel, mesmo sem o registro em cartório de imóveis.

O tema, destarte, é quanto à cessão de direitos reais sobre imóveis. Não se fala de compra e venda, de troca ou permuta, ou de dação em pagamento.

Uma vez admitido como credor de decisão qualificada, por ser instrumento de repercussão geral (com o Tema identificado pelo número 1.124), o Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP foi sucessivamente recebendo votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal até que, em 12-2-2021, houve o último deles, o décimo. Deveriam ser onze, mas um dos Ministros não votou, mesmo em se tratando de sessões virtuais ocorridas em exatos dois meses (de 11 de dezembro de 2020, quando o Ministro Luís Fux apresentou o seu voto como Relator da admissibilidade, até 12 de fevereiro de 2021, ao fechar a votação com o décimo voto).

Ao fim, por unanimidade se decidiu que, se se trata de cessão de direitos quanto a imóveis, em contrato que não foi previamente registrado em Serviço de Registro de Imóveis, ou em escritura pública que não foi levada a registro no Serviço Imobiliário, não há necessidade de comprovante de recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). O momento para a comprovação do recolhimento será quando o título translativo for apresentado ao Serviço de Registro de Imóveis, para o registro da propriedade em nome do adquirente. É que, somente neste momento é que acontece a efetiva transferência de propriedade. Até então, é uma vontade das partes, não petrificada pelo ato registral.

8 O QUE CONSTA DA LEI

A transferência da propriedade imobiliária se dá, unicamente, com o registro do título translativo no Serviço de Registro Imobiliário.

O Código Civil brasileiro traz não apenas um, mas três dos seus artigos para dar firmeza ao tema. O art. 1.227 é claro no sentido de que quando se trata de direitos reais entre vivos, somente há aquisição da propriedade com “o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos”, com remissão aos artigos 1.245 e 1.247. Esse artigo primeiramente referido traz uma informação tão pertinente ao presente assunto que fica mais bem colocado se transcrito na íntegra, o que se faz a seguir:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1.º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2.º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Esse cânone é de clareza solar. Se houver um negócio entre partes, mesmo com documento particular ou testemunhas, mas sem o registro do título translativo da propriedade no Serviço de Registro de Imóveis competente para a escrituração do ato registral, o imóvel continuará a ser tido como sendo propriedade da pessoa em cujo nome figurar no registro. Ainda, repete-se, que documentos particulares tentem provar o contrário.

Isto porque a transferência se dá no momento da apresentação, no setor de protocolo do Serviço de Registro de Imóveis, do título que transfere a propriedade. O ato de lançar, escrever, no livro próprio os dados do imóvel e do seu adquirente (registro) será posterior à data do protocolo, mas os efeitos retroagem à data desta apresentação solene (art. 1.246 do Código Civil; e arts.182, 186 e 188 da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Há situações que se apresentam como se fossem exceções, em relação ao fato gerador do ITBI mesmo antes do registro definitivo

da propriedade imobiliária. O Código Civil, no art. 1.417, mostra a oportunidade de um contrato de compra e venda ser registrado no Serviço de Registro de Imóveis. Um contrato particular não é, quase sempre, instrumento apto para transferência da propriedade. O registro do simples contrato constitui o direito real à aquisição do imóvel identificado (no contrato). Logo, há fato gerador do ITBI. Idêntica situação está descrita no art. 25 da Lei 6.766, de 19-12-1979, em relação aos imóveis urbanos, quando grafado:

Art. 25. São irretiráveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

Também o Decreto-Lei 58, de 10-12-1937, referente aos imóveis não loteados, contém uma parte que traz tratamento igual, e assim giza:

Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuam aos compromissos direito real oponível a terceiros, **e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória** nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil. (grifo nosso).

9 PROCEDER RAZOÁVEL DOS NOTÁRIOS

A observação primeira é que a apreciação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma causa à qual foi concedida a qualidade de repercussão geral, não declarou inconstitucionais as leis municipais que exigem o recolhimento do ITBI antes mesmo do momento da lavratura da escritura pública. Em outros termos,

não colocou o fato gerador do tributo denominado Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis única e necessariamente relacionado ao registro. Quando do momento do requerimento de registro do título translativo no Serviço de Registro de Imóveis, não há dúvidas que é oportunidade em que o tributo já deve estar quitado.

Considerando que não foram declaradas inconstitucionais as leis municipais que fixam outro momento de o fato gerador do tributo vir a lume, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao critério temporal para a ocorrência do fato gerador não altera em muito o procedimento ao qual os tabeliães de notas estão obrigados.

O que quer o Supremo Tribunal Federal é dar maior divulgação em uma decisão em processo particular. Ao conceder a qualidade de repercussão geral, trouxe uma tentativa de que as Administrações locais adaptem as suas legislações a uma forma que, em havendo discussão judicial, e essa chegar ao Supremo Tribunal Federal, já se tem uma certeza de como será resolvida.

Deve-se sustentar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é que o fato gerador do ITBI nas transações imobiliárias de cessão de direitos reais sobre imóveis se dá no momento da transferência da propriedade imobiliária. E que essa transferência somente se efetiva no tempo do requerimento do registro do título translativo no Serviço de Registro de Imóveis. Assim, o que pode acontecer, para evitar discussões jurídicas, é que cada Município, doravante e em querendo, venha a adaptar a sua legislação nesse sentido.

Antes de eventual mudança de uma lei tributária de um Município, a realidade é que um contribuinte poderá não concordar em recolher o ITBI no momento da lavratura da escritura em um Tabelionato de Notas. E recorrer ao Poder Judiciário defendendo seu direito de recolher tal tributo quando do pedido de registro da escritura junto ao Serviço de Registro de Imóveis.

O Município poderá – repete-se, poderá – até rever sua lei e colocá-la condizente com a decisão recente do Supremo Tribunal Federal. Poderá também analisar a causa por outro prisma. Poderá entender que de cem contribuintes, apenas uma quantidade mínima – talvez, um – recorrerá ao Poder Judiciário. E que esse contribuinte solitário gastará um razoável tempo em disputas judiciais em Instâncias locais (o Fórum da Comarca) e perante o Tribunal de Justiça do Estado e, somente depois, junto ao Supremo Tribunal Federal. Talvez leve em consideração que pode o administrado aviar um recurso denominado “Reclamação”, saltando etapas. Entretanto, para se chegar ao Supremo Tribunal Federal, há um preço a ser gasto com honorários advocatícios e custas processuais que – pensará o Município – nem sempre é compensador para o contribuinte. Além do tempo que a causa levará para ser decidida.

E, mesmo que o Supremo Tribunal Federal venha a intervir nesse único caso isolado, o contribuinte apenas receberá o benefício do diferimento. Ou seja, haverá somente uma postergação quanto ao momento do recolhimento do tributo. Mesmo em tempo futuro, o contribuinte terá que recolher o tributo. Logo – poderá pensar o Município – é muito mais fácil e célere que o contribuinte quite logo o ITBI, sem discussões judiciais. Afinal, terá que quitar o tributo, pois a decisão não é pela isenção, mas para indicar outra data como final para o pagamento.

Pensará o Município: ainda que um por cento dos seus contribuintes de ITBI recorra ao Poder Judiciário, o custo para a defesa da causa compensará os ganhos pela antecipação (ou recolhimento conforme sua lei municipal) dos outros 99% dos casos. O que constitui a aplicação da teoria utilitarista, de John Stuart Mill.

Logo, a princípio, o Tabelionato de Notas deve continuar exigindo dos usuários dos seus serviços a quitação do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis se a legislação do Município assim o prevê e/ou se a Corregedoria-Geral de Justiça do seu Estado também assim determina.

Se não o fizer, estará descumprindo, além das duas legislações já informadas, também a Lei federal 7.433, de 18-12-1985. E se colocando como corresponsável pelo pagamento do tributo, se o Município o acionar judicialmente, com fundamento no Código Tributário Nacional, art. 134, inciso IV.

A legislação deve ser obedecida em sua integralidade. A Lei 8.935, de 18-11-1994, ainda coloca mais duas obrigações que “são deveres dos notários e dos oficiais de registro” (art. 30). Uma delas está no inciso XI, dando aos notários e registradores a obrigação de “fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar”. Como já dito, se não fizer a rígida fiscalização e não exigir a comprovação de que os tributos que incidem sobre o imóvel foram pronta e corretamente pagos, o titular da Serventia se torna, pessoal e subsidiariamente, responsável pelo recolhimento do tributo. A outra obrigação está no inciso XIV que determina ser dever dos notários e registradores “observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente”. Esse Juízo competente para impor normas aos tabeliães e registradores é a Corregedoria-Geral de Justiça. Até mesmo no plano constitucional há previsão nesse sentido. O art. 236, § 1.º, da Constituição Federal, determina que deveria ser criada uma lei que tratasse da fiscalização da atividade extrajudicial por parte do Poder Judiciário. E essa Lei é a 8.935, de 18-11-1994.

Além de se tornar responsável pelo recolhimento, com seu próprio dinheiro, quanto ao ITBI que o usuário do serviço não recolheu, por força da legislação municipal, o tabelião poderá ser alvo de processo administrativo disciplinar, se o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do seu Estado determinar a exigência da comprovação de quitação de ITBI nas escrituras que o Tabelionato formalizar. E há ainda uma possibilidade: alguns Municípios, além de poder cobrar diretamente do tabelião de notas o ITBI que o usuário dos serviços do Tabelionato não recolheu, ainda fizeram constar em suas legislações a aplicação de uma multa

pecuniária. Logo, o tabelião estará sujeito também ao pagamento da multa pelo descumprimento da lei municipal, além de ter que pagar, com seu próprio dinheiro, o tributo – com as atualizações monetárias – que o contribuinte não recolheu.

Poderá voltar a discussão acerca do direito de o tabelião ingressar em Juízo, em sua defesa fiscal quanto à execução fiscal que sofrerá. E levar a causa do Primeiro Grau até o Supremo Tribunal Federal. Lá, ganhará a causa. Inclusive porque alegará que a decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo em repercussão geral, é vinculante e, destarte, de cumprimento sem direito a decisões divergentes. Mas não há muita compensação. O que o tabelião receberá de emolumentos líquidos pela prática do ato notarial, a lavratura da escritura pública sem exigência de quitação de ITBI, não dará para custear o processo nem mesmo na Primeira Instância. Muito menos, em sede de recursos junto ao Tribunal estadual e ao Supremo Tribunal Federal.

Um complemento. Uma só e isolada causa pode trazer ao tabelião de notas um valor elevado para se tornar responsável, até reverter a cobrança feita pelo Município, quando a causa adentrar no – e conseguir sair do – Supremo Tribunal Federal. Mas, em sendo uma centena de causas, os valores da responsabilidade também ultrapassarão as centenas de mil reais. O risco é enorme. O custo é extraordinário.

Além de esse custo-benefício não ser compensador, há dois fatos adicionais. O primeiro deles é que o tributo deverá ser recolhido é pelo sujeito passivo principal, o contribuinte que requereu a lavratura do ato notarial. E somente se o tabelião não exigir que o sujeito passivo principal faça o recolhimento é que ele se torna o sujeito passivo subsidiário, o terceiro solidariamente responsável pelo pagamento do tributo devido. A responsabilidade pela quitação de tributo nasce apenas pelo fato de ter passado o ato por sua Serventia sem que tenha havido feito a exigência do recolhimento do tributo

conforme a lei municipal. O segundo fato é que, para que o Município faça a cobrança do tributo diretamente do titular da Serventia, há a inscrição do valor em dívida ativa e o início de uma execução fiscal. Estando respondendo a um processo de execução fiscal, o tabelião de notas estará impossibilitado de participar de concursos, inclusive os de promoção em busca da assunção da titularidade de uma Serventia mais rentável financeiramente. Ou participar de concurso de ingresso para a atividade registral e notarial em praticamente todo Estado-membro brasileiro, pois os Editais costumam exigir certidão negativa de ações tributárias e certidão negativa de processos administrativos quando o concorrente está ou esteve exercendo a titularidade de um Serviço Extrajudicial. Por acréscimo, um tabelião que tem contra si um processo de execução fiscal por “irregularidade praticada frente ao Tabelionato” estará impossibilitado de participar da maioria dos concursos públicos que as Administrações Públicas do Brasil promovem para captar servidores públicos.

Neste ponto, colocam-se o Município, os contribuintes e os tabeliões na mesma condição: a de que eles têm o direito de judicializar a causa. O custo é que é alto demais para uma das situações seguintes, em se tratando do:

- contribuinte – ele terá que pagar o ITBI, ainda que seja no ato do requerimento do registro do título no Serviço de Registro de Imóveis. Logo, o custo de ir ao Supremo Tribunal Federal apenas para não recolher o ITBI “hoje” mas ter que recolhê-lo “amanhã”, não parece muito compensador;
- Município – se todos os contribuintes judicializassem a questão, seria muito mais barato alterar a lei municipal e colocar o fato gerador do ITBI como sendo o ato do registro do título translativo. Do contrário, o Município teria que se submeter à decisão da Justiça de Primeira Instância e à da fase recursal, sendo que já se sabe que, quando chegar a causa no Supremo Tribunal Federal, após longo, penoso e

- caro processo, será confirmada a Sentença em seu desfavor;
- tabelião – ele teria que ter custo alto para levar à causa do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, mesmo saindo vitorioso na Justiça local, o Município recorreria ao Tribunal do Estado e, perdendo a causa também em nível de Estado, recorreria ao Supremo Tribunal Federal. De fato, não teria que se tornar responsável subsidiário pelo recolhimento. Mas raramente haveria vantagem, em razão do custo e do benefício obtido, especialmente porque, a princípio, não se tratava de tributo que ele, o tabelião, teria a responsabilidade de recolher: apenas exigir que o responsável fizesse o recolhimento. Tanto esforço jurídico e tanto custo, além das sequelas que sofrerá, apenas para que outra pessoa não pague o ITBI “hoje”, mesmo tendo que pagá-lo “amanhã”.

Destes, apenas o Município pode ter o benefício adicional do fato de que o próprio contribuinte preferirá cumprir o recolhimento de um tributo no ato da lavratura da escritura mesmo sabendo que, se escolhesse um caminho penoso, demorado e caro, teria o direito de remeter esse prazo de recolhimento para um momento futuro. Ainda assim, teria que recolher o tributo. Afinal, como afirmou Paul Dickson, em uma das leis da natureza, ou Lei de Murphy: “nada é certo, exceto a morte e os impostos” (LEITE, [S. d.], p. 22).

9.1 SE O INTERESSADO NÃO CONCORDAR COM A EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DO ITBI

Se alguém requer a lavratura de uma escritura em um Tabelionato de Notas e este Serviço exige uma série de documentos e comprovantes de quitação de tributos, deverá fazê-lo por meio de um documento denominado “nota devolutiva”. Se o usuário dos seus serviços não concorda em cumprir o que consta da nota devolutiva,

há dois caminhos. O mais provável é que o usuário procure lavrar o documento em outro Tabelionato, instalado em qualquer parte do Brasil, que se arrisque a fazer o ato notarial da lavratura da escritura sem exigência da quitação do tributo. O art. 8.º da Lei 8.935, de 18-11-1994, dispõe que é livre a escolha do Tabelionato de Notas, não havendo, destarte, a aplicação do princípio da territorialidade.

Mas poderá o tabelião explicar ao seu cliente que, embora ele entenda que não pode lavrar a escritura sem a quitação do tributo correspondente, como consta da nota devolutiva, o cliente, em vez de cumprir a exigência e apresentar a certidão negativa de dívida municipal e a comprovação do recolhimento do ITBI quanto ao imóvel negociado, poderá levantar dúvida. Em outras palavras, poderá requerer que o tabelião suscite a dúvida. De posse desse requerimento, o tabelião fará suas justificativas por que fez a exigência, em um documento formal. Constituirá os autos administrativos. E remeterá o procedimento administrativo ao Juiz competente para o julgamento da suscitação de dúvida.

O trâmite será conforme os arts. 198 a 205, e mais o art. 207, da Lei 6.015, de 31-12-1973. O Juiz que, segundo as regras estaduais, tem competência para julgar o procedimento administrativo da suscitação de dúvida, decidirá. Se autorizar o tabelião a lavrar a escritura sem que se lhe seja apresentada a prova da quitação do ITBI em relação ao negócio, não há o que temer.

O julgamento da improcedência da dúvida fará com que o tabelião possa lavrar a escritura sem o cumprimento, da parte do usuário do seu serviço, quanto ao pagamento do tributo naquele momento. E servirá de exemplo para que o tabelião oriente a outros clientes seus, que se mostrarem inconformados com o pagamento antecipado do imposto, a também requererem a suscitação de dúvida.

Se o Juiz de Direito julgar a dúvida procedente, o tabelião terá mais um motivo para exigir do cliente que haja a quitação prévia do ITBI. E ainda servirá de justificativa informal, perante outros

usuários dos seus serviços que manifestarem inconformismo inicial com o fato de terem que pagar o ITBI no ato da lavratura da escritura e, não, no ato do registro da escritura. Explicará que a Justiça local já decidiu contrariamente à pretensão do usuário do serviço.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos, ou a quase totalidade dos 5.570 Municípios brasileiros, colocam em suas leis locais que o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis deve ser feito antes da lavratura da escritura em um Tabelionato de Notas. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, em se tratando de cessão de direitos reais sobre imóveis, a exigência da quitação do tributo deverá ser quando da apresentação do título translativo ao Serviço de Registro de Imóveis, para registro. Logo, a legislação municipal está em descompasso. A lei municipal que assim fixa não é inconstitucional, porque o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade das leis que regem de forma distinta da sua decisão.

Os Municípios poderão vir a alterar as suas legislações tributárias que exigem o fixam o critério temporal do recolhimento do Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis (ITBI), para que fiquem em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP.

Poderão, entretanto e com o pensamento da teoria do utilitarismo, entender que tantos contribuintes não se voltarão contra a sua legislação, e farão o recolhimento sem questionamento apenas quanto à data do pagamento (pois, ainda que posteriormente, o tributo terá que ser pago). E esses mesmos Municípios entenderem que será financeiramente compensador o custo da defesa em eventual processo judicial de um percentual mínimo de insurgentes. Especialmente ao se lembrar que a suposta discussão judicial será decidida em futuras gestões da Administração municipal, enquanto

a quase totalidade que não se rebelar contra a sua legislação fará o recolhimento imediatamente, ainda na gestão do “atual” dirigente municipal.

Os tabeliães de notas devem continuar colocando como condição imperiosa, para lavratura de atos notariais, a comprovação, por parte de quem requer os seus serviços notariais, da quitação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, por ato entre vivos, em se tratando de cessão de direitos sobre imóveis, até que seja(m):

- adaptadas à decisão do Supremo Tribunal Federal, no Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP, as legislações municipais, que têm o critério do fato gerador como a lavratura da escritura pública;
- alteradas as eventuais regras das Corregedorias-Gerais de Justiça do Estado-membro brasileiro no qual o tabelião atua como agente delegatário de atividade extrajudicial;
- revogado ou alterado o texto do art. 1.º, § 2.º, da Lei (federal) 7.433, de 18-12-1985.

Igualmente, e sem qualquer discussão sobre o tema, somente se deve lavrar escritura pública de compra e venda, permuta ou dação em pagamento em havendo o comprovante de que o correspondente Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis foi devidamente recolhido. E, em se tratando de doação (com ou ser torna, e mesmo em caso de divisão em que uma parte fica com grande quantidade e outra parte fica com menos), deve exigir o comprovante da quitação do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 dez. 1937 e retificado no **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 17 dez. 1937.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1964.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Republicado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 out. 1966.

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 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 1979.

BRASIL. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 set. 1980.

BRASIL. Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985. Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 dez. 1985.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 1.294.969-SP. Relator: Ministro Luís Fux. Julgamento: sessão virtual de 12 fev. 2021. (pendente de publicação).

LEITE, Celso Barroso (selecionador). **Leis do dia-a-dia**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Ed., 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Provimento Conjunto TJMG/CGJMG 93/2020, de 18 de abril de 2020. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. **Diário do Judiciário Eletrônico n.º 115**, Belo Horizonte, MG, 23 jun. 2020, p. 37-244.

Recebido em: 21-10-2022
Aprovado em: 21-2-2023

DROIT COUTUMIER FAMILIAL HAÏTIEN: UN HERITAGE PLURISECULAIRE¹ et ²

Yves Lassard^B

SUMÁRIO. I Un statut personnel alternatif au mariage: le plaçage. I.A l'entree en plaçage. I.A.1 Formation du lien. I.A.1.a Les préliminaires. I.A.1.b La célébration. I.A.1.c Le contrôle de la virginité. I.A.1.d L'habitation. I.A.2 Obligations de la Femme. I.A.2.a Le devoir d'assistance. I.A.2.b Le nom de la femme. I.A.2.c Le port de la bague. I.A.2.d Le devoir de fidélité. I.B Dissolution du Plaçage. I.B.1 Les cas de rupture volontaire ("kite"). I.B.1.a Rupture à l'initiative de la femme. I.B.1.a.a L'abandon du foyer. I.B.1.a.b Sévices ou mauvais traitements. I.B.1.a.c L'éloignement ou l'absence de l'homme. I.B.1.b Rupture à l'initiative de l'homme. I.B.1.b.a La répudiation de la femme. I.B.1.b.b L'adultère de la femme. I.B.2 Les effets de la rupture. I.B.2.a En cas de rupture involontaire. I.B.2.a.a Situation des veuves. I.B.2.a.b Situation des enfants. I.B.2.b En cas de rupture volontaire. II Un statut personnel en marge de la loi: la filiation coutumiere. II.A Modèle Familial et Modes de Filiation. II.A.1 Matrifocalité et matrilinearité. II.A.2 Patrilinéarité et bilinéarité. II.B Fondements de la Filiation. II.B.1 Établissement de la filiation. II.B.1.a

¹ **Como citar este artigo científico.** LASSARD, Yves. Droit coutumier familial haïtien: un héritage pluriséculaire. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 357-405, jan.-abr. 2023.

² 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.

³ 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

Filiation par possession d'état. II.B.1.a.a Le nom (nomen). II.B.1.a.b Le traitement (tractatus). II.B.1.a.c La réputation (fama). II.B.1.b Filiation par présomption. II.B.1.b.a La cohabitation. II.B.1.b.b L'exclusivité sexuelle. II.B.1.b.c L'absence de contestation. II.B.2 Paternité mythique et superstitions coutumières (COLLOT, 2003, p. 58). II.B.2.a Théorie de la perte ("pèdisyon"). II.B.2.b L'épreuve du sang ("succion"). Références.

En 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^e 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 Napoléon⁴, 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 1825⁵.

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 l'institution au fondement de la famille, il fallut bien des débats et des chicanes

⁴ 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).

⁵ Loi n. 6 sur l'organisation de la société familiale. Voyez Despinos (2014, p. 230).

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'écartier 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'Ile 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-MERY, 2004, p. 29-30). En raison d'une forte immigration⁶, 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.

Plutôt paysanne à l'origine, issue d'une mosaïque de populations arrivées pour la plupart entre le XVI^e et le XVIII^e siècles⁷, la société haïtienne reste fortement imprégnée d'africanité⁸. 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 africaines⁹ qu'au concubinage adultérin des colons (DESPINOS, 2014, p. 230).

Résultat d'une pénurie de femmes blanches dans les colonies

⁶ 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).

⁷ La traite négrière est fondamentale dans l'histoire d'Haïti (cf. FOUCHARD, 2017, p. 106 ss.).

⁸ 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).

⁹ Moreau de Saint-Méry observe au XVIII^e siècle que "tous les Africains sont polygames" (MOREAU DE SAINT-MERY, 2004, p. 57).

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 esclaves¹⁰, 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'ordonnancement 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 XIXe siècle, pour laisser la place à la famille nucléaire de type occidental.

Jamais, durant la période coloniale, le mariage n'obtint la faveur des habitants de Saint-Domingue: à la fin du XVIIIe siècle,

¹⁰ 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).

“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)¹¹ 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.

¹¹ 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 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).

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 Haïti¹²: à côté d’autres formes d’union extra-légale¹³, 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 hommes¹⁴, et de favoriser la

¹² 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).

¹³ 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).

¹⁴ En 2005-2006, 9% des hommes en union déclarent avoir au moins deux partenaires simultanées (Cf. *EMMUS-IV*, tabl. 6.3, p. 83).

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-MERY, 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 du créole et aux anciennes traditions, plutôt vaudouisant¹⁵, qui marque une préférence très nette pour le plaçage. Comme le fait très justement remarquer Jacques Stephen Alexis¹⁶, les Haïtiens se placent mais ne se marient pas, car "c'est leur

¹⁵ À partir du XVIIIe siècle, les esclaves originaires du Dahomey répandirent le culte vaudou aux Caraïbes (On consultera avec profit: MÉTRAUX (1958); RIGAUD (2015).

¹⁶ Un lointain descendant du père de l'Indépendance Jean-Jacques Dessalines.

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.º 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 parties¹⁷, au terme des préliminaires d'usage.

¹⁷ 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"¹⁸ et parfois des exigences de nature sexuelle concernant la virginité de la femme.

¹⁸ Les "Loas" sont les dieux de la religion vaudou.

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 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'HABITATION¹⁹

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).

¹⁹ L'habitation est le mot créole désignant le lieu où le couple élit domicile.

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.

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.

I.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 1982²⁰). 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.

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

²⁰ 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).

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 mari²¹. 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 l'origine dans les très anciennes coutumes africaines: chez les fons²², il n'était pas rare en effet que

²¹ 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.

²² "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).

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 marronnage²³, 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

²³ Aux Antilles, le fuyard était appelé marron ou nègre marron (*negmarron*). Voyez notamment sur cette question: Fouchard (1972); Debien (1966, p. 3-43).

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, 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 nocés²⁴, 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 norme²⁵, 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.

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;

²⁴ 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).

²⁵ 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).

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.I.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 traitements²⁶, 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.I.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

²⁶ Ils doivent être intentionnels et émaner d'une personne responsable de ses actes (C. civ., art. 217).

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 (NKOUEJIN-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 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.I.B.B L'ADULTÈRE DE LA FEMME

Au XVIII^e siècle déjà, Moreau de Saint-Méry fait observer qu'à Saint-Domingue “tous les Africains sont [...] jaloux” (MOREAU DE SAINT-MÉRY, 2004, p. 57)²⁷. “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 Labadie²⁸, des hommes détiendraient des secrets pour contraindre la femme 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 (“suction”) utilisée pour prouver

²⁷ En Afrique, chez les Ouolofs, “Le vol, l'adultère (et) le meurtre sont punis de l'esclavage” (VILLENEUVE, 1814, p. 18).

²⁸ 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 XVIII^e siècle.

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 1982²⁹, 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.

²⁹ 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 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.

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 civil³⁰, 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 cujus*. 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.

³⁰ 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).

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 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 MATRILINÉARITÉ

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 matrifocalité³¹ 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,

³¹ SMITH (1956) utilisa ce terme pour la première fois en 1956.

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.

II.A.2 PATRILINÉARITÉ 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 patriarce, 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 filiation³².

³² Le sociologue haïtien Hubert de Roncerey (1969, p. 4) retient la thèse de la patrilinéarité: 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 [...]

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 patrilinéarité. 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 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

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).

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 domicile³³, 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 en principe très rares, mais la mortalité infantile

³³ 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).

s'avère très élevée³⁴, surtout à la campagne³⁵.

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.

³⁴ 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).

³⁵ 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).

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 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”³⁶) favorisent l'ancrage de la réputation de filiation: elle se fixe et se renforce par la commune renommée et se déduit du plaçage.

³⁶ “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.

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.

II.B.1.B FILIATION PAR PRÉSUMPTION

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 haïtiennes³⁷. Or, si l'infidélité de la femme ne peut jamais être totalement exclue, elle demeure néanmoins assez exceptionnelle, tant les sanctions encourues sont 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

³⁷ 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.^e éd., Conseil de l'Europe, 2007, p. 76).

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: "piti se byen" ou "piti 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*³⁸ admet artificiellement l'existence des personnes physiques avant leur naissance, sous réserve d'être nées vivantes et viables entre le 180^e et le 300^e jour à compter de la date présumée de la conception³⁹. Produit de l'observation scientifique⁴⁰, 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 1825⁴¹. Mais son caractère absolutiste l'a rendue très rapidement impopulaire. Récusée par une grande majorité d'Haïtiens, elle déplaît 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

³⁸ 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).

³⁹ 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).

⁴⁰ Consulté par les rédacteurs du Code civil, le médecin Fourcroy a fixé la durée de la conception entre le 186^e et le 286^e jour. Mais, afin de ne pas priver l'enfant légitime de ses droits, les rédacteurs ont préféré l'étendre entre le 180^e et le 300^e 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.).

⁴¹ 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”.

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?

Mythe ou réalité, peu importe, loin de perdre du terrain cette pratique semble toujours très présente en Haïti⁴². 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

⁴² 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 perdition d’une femme peut durer plus de deux ans (COLLOT, 2003, p. 58).

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 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 fiable⁴³ 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.

⁴³ Les tests ADN offrent aujourd'hui une fiabilité de plus de 99,9%.

“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 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 timide⁴⁴.

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, 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.^e éd. Paris: Payot, 1973.

⁴⁴ 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.

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 Benoitte. **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 XVIIIe 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.^e 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 (Guadalupe), 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.^e 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 (Hopeweel, 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.

Recebido em: 21-12-2022
Aprovado em: 15-2-2023

